

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXI
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXVIII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

J AIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

L UIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

R AFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

M ANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registros
y del Notariado

R ODRIGO URIA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>El apartamiento y la desheredación</i>	3
AGUSTÍN LUNA SERRANO: <i>Disciplina del modo testamentario imposible</i>	109
MARCOS GUIMERÁ PERAZA: <i>Los heredamientos y comunidades de aguas en Canarias como cuerpos intermedios</i>	139

Estudios de Derecho extranjero

JOSÉ BONET CORREA: <i>El régimen jurídico de las inversiones de capital extranjero en Francia</i>	167
---	-----

Vida Jurídica

Personaje simbólico y titularidad del derecho a la imagen (Sentencia de la A. T. de Zaragoza de 9 junio 1967)	195
---	-----

Bibliografía

Libros	204
--------------	-----

BONET CORREA, José: *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, por Jesús Carnicero y Espino.—LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Derecho inmobiliario registral*, por José Bonet Correa.—*Libro homenaje a la memoria de Roberto Goldchmidt*, por José Bonet Correa.—LLUIS Y NAVAS, Jaime: *Derecho de asociaciones*, por Gabriel García Cantero.—MUÑOZ SABATE, Luis: *Técnica probatoria, estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*, por Jesús Carnicero y Espino.—POLAINO ORTEGA, Lorenzo: *Estudios de Derecho procesal*, por Jesús Carnicero y Espino.—RODRIGUEZ SASTRE, Antonio: *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de "clean hands"*, por Luis Díez-Picazo.—VALLET DE GOYTISOLO, J.: *La libertad civil según los juristas de las regiones de Derecho foral*, por José Bonet Correa.—ZIEHM, H.: *Die Wertsicherungsklauseln im deutschen Recht*, por José Bonet Correa.

Revista de revistas

Por Rodrigo Bercovitz y Antonio M. Morales Moreno	228
---	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado,

A cargo de don Antonio Leyva y Andía	240
--	-----

Jurisprudencia

I. Sentencias	246
II. Sentencias de suplicación:	
1. Selección de sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid.	267
2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona	271
3. Selección de sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia.	277
4. Selección de sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada.	278

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 123—1958.

IMPOR TANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXI
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXVIII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

El apartamiento y la desheredación

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I) DESHEREDACIÓN SIN NECESIDAD DE CAUSA, O APARTAMIENTO:
1. *Exhereditatio* y apartamiento.—2. La legítima foral navarra.—3. El apartamiento vizcaíno y ayalés: a) *En la Tierra Llana de Vizcaya, Aramayona y Llodio.* b) *En la Tierra de Ayala.*—II) DESHEREDACIÓN CON JUSTA CAUSA:
A) *Introducción.*—4. Su concepto. Su discriminación de la indignidad; y su no redundancia con ésta. La desheredación *bona mente.*—5. La desheredación en Derecho romano.—B) *La desheredación en el Derecho de Castilla y en el Código civil.*—6. De las Partidas al Código civil.—*Régimen de la desheredación del Código civil:* 7. a) *Sujetos de la desheredación.* 1) Capacidad para desheredar. 2) Quiénes pueden ser desheredados, 3) Capacidad para ser desheredado.—8. b) *Modo de efectuarse.* 1) Debe hacerse en testamento. 2) Designando al desheredado. 3) Expresando la causa legal en que se funde.—9. ¿La desheredación debe ser total? ¿Cabe que sea sólo parcial?—10. ¿Puede desheredarse condicionalmente?—c) *Causas legales de desheredación.* 11. Su carácter de *numerus clausus.*—*Causas de indignidad que pueden serlo de desheredación:* 12. Análisis del artículo 852.—13. La causa primera del artículo 756.—14. Causa segunda del artículo 756.—15. Causas quinta y sexta del artículo 756.—16. *Causas de desheredación de los descendientes:* Causa primera del artículo 853.—17. Causa segunda del artículo 853.—18. Causas tercera y cuarta del artículo 853.—19. *Causas de desheredación de los ascendientes:* Causa primera del artículo 854.—20. Causas segunda y tercera del artículo 854.—21. *Causas de desheredación de los cónyuges:* Causas del artículo 855.—d) *Requisitos para la efectividad de la desheredación legalmente ordenada:* 22. Primer requisito: necesidad de probar su certeza.—23. Segundo requisito: necesidad de que no haya habido reconciliación.—24. ¿Hay colisión entre las normas del artículo 757 y 856 C. c.?—25. Tercer requisito: que no haya habido remisión de la causa.—26. Cuarto requisito: que no haya habido testamento ulterior instituyendo al ofensor.—27. Quinto requisito: que el testamento que contenga la desheredación no sea anulado ni revocado.—e) *Efectos de la desheredación justa:* 28. Efectos con respecto al desheredado.—29. Efectos respecto a los legítimos descendientes del hijo o descendiente desheredado.—30. Destino de la porción legítima del des-

(*) El presente trabajo corresponde con ligeras ampliaciones al cap. V y parte del cap. IX de nuestro volumen en elaboración “Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer”, correspondiente al tomo LVIII del Tratado práctico y crítico de Derecho Civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

heredado a falta de descendientes legítimos del mismo, caso de ser descendiente el desheredado.—C) *La desheredación en los regímenes forales*: 31. a) *Aragón*. b) *Baleares*.—32. c) *Cataluña*.—33. d) *Navarra*.—34. e) *Vizcaya*.—III) DESHEREDACIÓN INJUSTA: A) *Introducción histórica*.—35. Su origen en Roma.—36. Su régimen justiniano.—37. En las Partidas.—38. Doctrina de los autores castellanos después de las Leyes de Toro.—B) *En el Código civil*. a) *Génesis del artículo 851*: 39. Precedentes legislativos del artículo 851. b) *Régimen de la desheredación injusta en el Código civil*.—40. Quid si fue efectuada por error.—41. Acción para reclamar contra la desheredación injusta. Su naturaleza, ejercicio y extinción.—42. Su transmisión y prescripción.—43. *Efectos de la desheredación injusta*: α) En cuanto a la institución de heredero. I) ¿Qué parte de la institución se invalida?—44. II) ¿Quién sufre la invalidación? III) ¿Cómo cubre su cuota el injustamente desheredado?—46. β) En cuanto a los legados y mejoras dispuestos a favor de otro legitimario o de cualquier otra persona. γ) Respecto a la partición practicada sin el concurso del desheredado.—47. Efectos de la desheredación injusta del cónyuge viudo. Derechos de los descendientes legítimos de un hijo injustamente desheredado que haya premuerto al testador.—C) *En los regímenes forales*: 48. a) *Aragón*. b) *Baleares*.—49. c) *Cataluña*.—50. d) *Navarra*. e) *Tierra Llana de Vizcaya*.

I) DESHEREDACION SIN NECESIDAD DE CAUSA, O APARTAMIENTO

1. Es sabido que el Derecho civil romano admitió la *exhereditatio* sin necesidad de justificación alguna (1), pero que el régimen de la *querella inofficiossi testamenti* eliminó de facto esta posibilidad en cuanto podía invalidarse el testamento si el testador no hubiese tenido causa que justificase la *exhereditatio* ni hubiese dejado su *quota legitima* al exheredado (2).

Hoy, sin embargo —como también es sabido—, algunos de nuestros regímenes forales mantienen la posibilidad de exheredar a herederos forzosos o legales sin más requisito que instituirles en una legítima formal simbólica o *apartarlos* con algo también simbólico.

Así, la preterición (3), puede quedar excluida, sin derecho material alguno a nada efectivo del legitimario no favorecido, mediante:

a) En la Tierra de Ayala, *apartándolos* los causantes “*con poco o mucho como quisieren o por bien tuvieren*” (art. 62 Comp. Vizcaya y Alava).

b) En Vizcaya, *apartándolos* “sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de

(1) Fritz Schulz, “Derecho Romano Clásico” (traducción española de Santa Cruz Teijeiro, Barcelona 1960), n. 460 y nn. 468 y ss., pp. 254 y s. y 258 y ss.

(2) Schulz, op. cit., nn. 476, 477 y 478, pp. 462 y ss.

(3) Cfr. nuestro trabajo “El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles”, n. 20, d, y 21, en An. Der. Civil, XX-I, pp. 65 y ss.

separarlos de la herencia”, tratándose de descendientes o ascendientes (art. 23, § 2.^o, Comp.) o expresa o tácitamente de tratarse de colaterales tronqueros (art. 23, § 3.^o, Comp.).

c) En Navarra, *instituyéndoles en la legítima foral simbólica —o dejándosela simplemente—* de los cinco sueldos febles o carlines y la robada de tierra en los montes comunes (Ley 232 en rel. con Ley 233, inciso 1.^o del Proyecto de 1959, que recoge el Derecho tradicional).

La exclusión de los herederos forzados puede alcanzar a todos sin excepción en Ayala y, salvo si concurren hijos de varios matrimonios, en Navarra. En cambio, en Vizcaya el apartamiento no puede comprender a todos, sino, como máximo, a todos menos uno, pues —como dice el art. 23, § 1.^o, Comp.— “*El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior [descendiente legítima, descendiente natural, ascendente de cada línea y colateral tronquera, por este orden] o elegir uno solo de ellos apartando a los demás.*”

El *apartamiento* es necesario hacerlo no sólo en los testamentos, sino también, en Vizcaya, en “capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación” (art. 30 Comp.) y, en Ayala, en “donación, a título universal o singular” (art. 62 Comp.); y la institución en la legítima foral navarra también es precisa en las donaciones universales por razón de matrimonio, o donaciones *propter nuptias* (ley 16, tít. 13, lib. 3.^o, Novísima Recopilación navarra y Ley 174 del Proyecto de 1959) (4).

La naturaleza de la institución en la legítima foral navarra y la del apartamiento vizcaíno y alavés no han sido cuestiones pacíficamente aceptadas, sino, por el contrario, objeto de discusión. Vamos a verlo tratándolas por separado.

2. *La legítima foral navarra.*

Dos cuestiones principales se han discutido en relación a la naturaleza de la legítima foral navarra: una, la relativa a si se trata de una verdadera institución de heredero, de la cual nos ocuparemos en otra ocasión, y otra, que ahora debemos estudiar especialmente, acerca de su distinción de la desheredación.

Alonso (5) había considerado la institución en la legítima foral como una forma indirecta de desheredación. “De dos maneras —escribió— puede hacerse la exheredación, una, expresa, directa y rigurosamente; otra, indirecta y latamente, o por sólo sus resultados tenida

(4) Dice la Ley 174 del Proyecto de 1959: “Las donaciones propter nuptias serán válidas aunque no contengán institución en la legítima foral a favor de los herederos forzosos, siempre que éstos resulten o se declaren dotados o se imponga al donatario la obligación de dotarlos.”

(5) José Alonso, “Recopilación y Comentario de las Leyes y Fueros del Antiguo Reino de Navarra”, Comentario a las leyes XVII a XXI del Tít. I del Lib. V, cfr. ed. Pamplona 1964, vol. I, pp. 337 y s.

por exheredación". Para la primera —prosigue— "se necesita una de las causas que señala el Fuero de este reino en los capítulos que forman la ley 17 precedente. Esta causa no sólo ha de expresarse por el testador, sino que éste o el heredero, que instituyere, deben probarla y de otra suerte no vale...". "La segunda manera de exheredación —dice después— es la que indirectamente se hace, por medio de la institución en la legítima del Fuero, de todos los hijos o parientes que puedan tener derecho a la herencia del testador. Aunque en realidad es una verdadera institución, pero limitada sólo a cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunes, produce respecto de los demás bienes hereditarios una efectiva exheredación."

Morales (6), en su *Memoria*, observó que cuando se estableció la desheredación no existía la libre disposición de bienes; existían las legítimas del Fuero, de las que no podían ser privados los hijos sin las justas causas fijadas, que se escribieron para privar de la legítima del Fuero que consistían en bienes raíces, no para privar de una fórmula, ya se considere más o menos honorífica, pero que al fin viene a ser la verdadera desheredación; mas después de introducida la libertad de disponer por testamento con sólo la institución de los hijos en la formulario legítima no se comprende que existan causas de desheredación, pues no existiendo heredamiento forzoso, no cabe desheredamiento; por lo cual no se ha visto caso alguno de desheredación, pues cuando no se quiere dejar nada a un hijo, basta con heredarlo en la legítima del Fuero" (7).

Arriaga (8), después de reconocer que esta institución, a los efectos patrimoniales, es una verdadera desheredación, añade que quizás "convendría que la llamásemos "EXHEREDACION", puesto que se excluye de la herencia al legitimario, pero no se le priva de lo que la ley le concede (legítima, aun cuando sea formulario), como ocurre en la desheredación".

Sin embargo, existe un caso en que la desheredación propiamente dicha puede ser necesaria al no ser posible la exheredación formal. Se trata del supuesto de que deje el testador hijos de varios matrimonios, pues, según la ley 48 de las Cortes de Navarra de 1765 y 1766, a todos los hijos del anterior o anteriores matrimonios no se les puede exheredar sin causa de desheredación de las señaladas en el Fuero de Navarra (9).

(6) Antonio Morales, "Memoria..." (cfr. su ref. en "Derecho Civil Vigente en Navarra" de la Biblioteca Judicial, vol. II —Madrid 1888— p. 142).

(7) En parecido sentido se ha expresado Lacarra (*Instituciones de Derecho Civil Navarro* arts. 848 a 857 —ed. Pamplona 1932— vol. I, pág. 234) quien explica que "habiéndose extendido posteriormente la libertad de testar a todas las clases sociales de Navarra, los padres que quieren desheredar a un hijo o hija, para evitar descrédito, le dejan la legítima foral formulario, o sea, cinco sueldos febles o carlines o una robada de tierra en los montes comunes".

(8) José Miguel Arriaga y Sagarrá, "Libertad de testar, legítima foral y desheredación", Pamplona 1948, cap. V, pp. 28 y ss.

(9) Cfr. Alonso, loc. últ. cit., pp. 339 y s. y Lacarra, loc. cit., pp. 235 y s.

Esta doctrina es reflejada en la Ley 233 del Proyecto de 1959, al disponer que: "La institución en la legítima foral excluye al instituido en la de toda clase de derechos patrimoniales por sucesión forzosa en la herencia del instituyente, pero concurriendo descendientes de dos o más matrimonios, los del anterior no podrán ser apartados de la herencia sino por justa causa de exheredación" (10).

El Tribunal Supremo, en S. 30 junio 1905, declaró que la institución en la legítima foral de un hijo, tanto en Aragón como en Navarra, equivale a la desheredación. Y la Dirección General de los Registros, en Res. 17 febrero 1927, relativa a Navarra, declaró que "Según el testamento, fuera de la legítima foral, los hijos están desheredados, "excepto si algo les dejaren" sus padres."

3. *El apartamiento vizcaíno y ayalés.*

a) *En Tierra Llana de Vizcaya, Aramayona y Llodio.*

Se ha sostenido (11) que el apartamiento "guarda una semejanza casi absoluta, en el orden práctico, con la desheredación que establece el Derecho común, sin más diferencia... que el Fuero (hoy la Compilación) no exige causa para el apartamiento de la herencia, en tanto que para la desheredación se requiere justa causa conocida por la Ley", y que el apartado nada adquiere susceptible de transmisión y embargo.

Algún autor (12) se ha fijado en el texto literal de la Ley 7, tít. XXI del Fuero de Vizcaya, que dice: "*La tal tierra de apartación, sucede en lugar de la legítima*", para deducir "que el Fuero concreta bien claramente que la cuota de apartación es señalada *no como legítima*, sino precisamente *en lugar de la legítima*".

Otros han negado que se trate de una verdadera desheredación, pues para ésta es preciso que exista algún motivo grave (13), y porque

(10) Juan García Granero, J. J. Nagore, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D'Ors, J. J. López-Jacoiste y J. Arregui Gil (*Notas a la Recopilación Privada al Derecho Privado Foral de Navarra*, —Pamplona 1967— nota a la Ley 231, página 159) deducen que "La doctrina de la desheredación sólo es aplicable en Derecho Navarro, además del supuesto de privación del derecho de usufructo de fidelidad, al caso de privación de derecho a los hijos de anterior matrimonio".

(11) Antonio Astorqui, "Introducción al Derecho de Vizcaya y Alava" (Bilbao 1964), p. 113.

(12) Angel Sánchez de la Torre, "Régimen jurídico de la legítima vizcaína", en *Estudios Deusto*, vol. VI, n. 12 (julio-diciembre 1958), pág. 429.

(13) Cfr. Francisco Javier de Arcillona y Landesa, "Erróneas interpretaciones dadas a la jurisprudencia vizcaína por el Tribunal Supremo", en *An. Der. Civ.* XII-II. Diciembre 1959, pág. 676; José María de Esjavierría, "El apartamiento en el Fuero y en la Compilación del Derecho Civil de Vizcaya", n. X, en *Estudios Deusto*, n. 14 (julio-diciembre 1959), pp. 432 y ss. Este razonó que con la visión exacta del problema "se explica perfectamente la razón de la existencia de la desheredación en un régimen de libertad como es el del Fuero de Vizcaya si bien, para evitar dudas, solamente por causa legal y justificada se puede imponer tal castigo, como se señala en la ley 22, título XXXIV".

el apartado continúa siendo un heredero siquiera de rango inferior (14), y la tierra de apartación puede reclamarla al heredero principal y sobre ella “hacer valer, si lo desea, toda clase de atributos dominicales reconocidos por el derecho a la propiedad” (15).

Afirmándose, por Esjavierría (16), que: “Si los herederos apartados no fuesen herederos secundarios, no podrían ejercitar sobre los bienes familiares el retracto foral conforme las leyes 1, 2, 3, 4 y 6 título XVII del Fuero, ya que al carecer de la categoría de herederos, quedarían privados del derecho de la saca foral, que les reconocen las leyes citadas, concedido únicamente a los herederos tronqueros” (17). Sin perjuicio de haber explicado (18) que: “por ser en el Fuero de Vizcaya todos los hijos herederos forzosos de sus padres, para conceder ese derecho a uno solo, hubo necesidad de inventar una ficción legal para pagarles el derecho legitimario que les era debido, conciliándose así el derecho de todos ellos con la libertad que tiene el testador de escoger a uno solo; con esa ficción o exposición de la ley foral, se da una condición o calidad a los herederos apartados que no les es natural, sino fingida, para conseguir así que queden pagados de una legítima que, sin esa presunción, tendrían que percibir de la herencia, evitándose con ella que los excluidos se consideren preteridos o desheredados”. Y “que pertenece al género de simulaciones que en Derecho se han llamado “mentiras convencionales”, y no es “sino un simbolismo jurídico”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado por la equivalencia del apartamiento a la desheredación.

Así, la S. 12 abril 1927 consideró la facultad foral de apartar “equivalente a la desheredación castellana, sin más diferencia que la

Claro que tal subsistencia de la desheredación puede ser suficientemente explicada por la posibilidad de que a todos o al único heredero forzoso del grupo de que se trate pueda y quiera el testador desheredarlos.

(14) Cfr. Arcillona, loc. y pág. cits.; Esjavierría, loc. cit., n. IX, pp. 430 y siguientes.

(15) Esjavierría (loc. cit., VIII, pág. 429), entre dichos atributos enumera: “transmitirla en testamento o adquirirla sus hijos en un abintestato, inscribirla a su nombre en el registro de la propiedad, venderla, solicitar para uso, si lo precisa una servidumbre de paso, o valerse de esa pertenencia para entablar el retracto de colindantes a que se refiere el art. 1.523 del Código civil. Y, conforme a las leyes administrativas de antaño, el dueño de esa cuota conservaba el derecho de usufructuar los bienes comunales en el término municipal en el que estaba situada la raíz de su aportación”. Añadiendo (en nota 38), que Serralbo había afirmado: “Conocemos un caso en el que un heredero apartado pidió al heredero principal la entrega de la tierra raíz que le había sido adjudicada en el testamento de su padre habiéndole sido entregada la cantidad estipulada por el causante.”

Pero, ¿era todo eso posible verosímilmente por un palmo o centímetro de tierra?

(16) Esjavierría, loc. cit., IX, p. 431.

(17) Pero, ¿el retracto dependía en el Fuero de la condición de heredero forzoso o, como ésta, de lo que dependía era simplemente de la condición de pariente tronquero? Cfr., hoy el art. 51 de la Compilación.

(18) Esjavierría, loc. cit., III, pp. 412 y s.

de que el Fuero no exige causa, aparte de esa insignificancia del real y porción de tierra, que sólo demuestran que no se tuvo en olvido al hijo apartado"; que el hijo apartado no podía "tener intervención de ninguna clase en la testamentaría ni adquirir derechos transmisibles, de grado o por fuerza", ni se le transmitió "nada sujeto a numeración de cantidad ni embargable por sus acreedores personales", ni adquirió "de la herencia de su madre ninguna clase de bienes y derecho (excepto el real de vellón y palmo de tierra que no se discute) susceptibles de transmisión o de embargo".

Y la S. 27 mayo 1961 ha dicho que la legítima, que "la constituyen aquellos bienes de que el testador no puede disponer libremente, en Vizcaya corresponde en potencia a todos los llamados a ella, es una expectativa colectiva de la que son privados por voluntad del testador en favor de uno o varios, reduciendo a los demás a una formal participación sin verdadero contenido económico, incluso un centímetro cuadrado...".

Hoy, la Compilación no exige que al no instituido se le aparte con algo de tierra, sino simplemente que sea apartado o excluido sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarles de la herencia (cfr. art. 51 Compil.); con lo que queda más claro su aspecto negativo, esencialmente de exheredación. Sin necesidad material de dejar algo, sino sólo la *formal* de excluir o apartar a uno de los legalmente con derecho.

b) *En la Tierra de Ayala.*

Según Uriarte (19) "la desheredación y el apartamiento son cosas distintas. El apartamiento exige precisamente que a los apartados se les separe con algo, poco o mucho, pero siempre con algo de la herencia de aquél que los aparta. El apartamiento supone en los apartados derecho a la herencia de aquél que los aparta; pero la cuantía de la legítima queda al arbitrio del apartante..." y... "Si el apartar no es desheredar, aún considerando aplicable a los actos de libre disposición de los bienes, conforme al Fuero de Ayala, el artículo 849 del Código civil, resultará que puede apartarse fuera de testamento".

Pero, si lo usual es que ese "algo", "poco o mucho", sea simbólico, (20), parece que lo dicho por la Jurisprudencia respecto a Vizcaya, es aplicable a la Tierra de Ayala.

II) DESHEREDACION CON JUSTA CAUSA

A) *Introducción.*

4. En otro trabajo (21) hemos examinado los deberes formales positivos de instituir herederos a los legitimarios y de no preterirles,

(19) Luis María Uriarte Lebario, "El Fuero de Ayala" (Madrid 1912) cap. V, pp. 119 y ss.

(20) Cfr. Uriarte Lebario, op. y cap. cits., pp. 129 y s.

(21) "El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en...", An. Der. Civ., cit.

y acabamos de contemplar el deber formal negativo, para caso de querer el testador excluir a alguno de sus legitimarios, de desheredarlo, aún sin causa, o apartarlo, aunque sólo sea con algo simbólico. Pero esta facultad, limitada únicamente por dicho deber puramente formal, no ha sido ni es aceptada en la mayor parte de los ordenamientos positivos que han exigido y exigen una causa cierta que justifique esa exclusión y su declaración y expresión formal verificada por el testador al ordenar la desheredación.

Ahora vamos a examinar ese aspecto formal de la legítima, consistente en la exigencia de la declaración expresada en la debida forma de la voluntad de desheredar y de su causa determinante y de los presupuestos exigidos para la efectividad de la exclusión ordenada.

Así, podemos definir la desheredación propiamente dicha como el *acto formal por el cual el testador invocando una causa legal y cierta excluye de su derecho a un legitimario*.

Esta institución aparece ya en el Código de Hammurabi (entre 2300 a 2000 a.J.C.), como facultad del padre sometida a confirmación por el Juez después de comprobada la indignidad del desheredado (arts. 168 y 169) (22).

Desarrollada tardíamente en Derecho romano —como luego examinaremos—, el Derecho comparado nos ofrece hoy una clara disparidad entre las legislaciones.

Así, desconocen la desheredación y sólo admiten la indignidad, entre otros Códigos, el francés y el italiano.

Regulan además de la indignidad sucesoria, la posibilidad de desheredar, entre otros Códigos del grupo latino, el portugués de 1967 (arts. 2.166 y 2.167) y el argentino (arts. 3.744 y ss.), y los germánicos como el austriaco (§ 768 y ss.), el B. G. B. (§ 2.333 a 2.338), el suizo (art. 477).

El hecho de que, además de producir incapacidad para suceder, algunas de las causas de indignidad puedan serlo también de desheredación (23) no supone una redundancia inútil. En efecto: en nuestro

(22) Cfr. Ernest Roguin, "Traité de Droit Civil Comparé", "Les Successions", vol. IV (París 1912), n. 2.535, p. 723.

(23) Respecto la distinción entre desheredación e indignidad, cfr.: Luis Vallterra Fernández, "Estudio crítico de la desheredación: su relación con otras figuras jurídicas", en Información Jurídica, n. 125, octubre 1953, páginas 865 y ss., y Félix Hernández Gil, "La indignidad sucesoria" I, en Rev. Der. Priv. XLV-1961, pp. 469 y ss. La afirmación de De Diego ("Instituciones de Derecho Civil Español" —Madrid 1932—, vol. III, Sec. 90, p. 233 y s.) de que la desheredación se funda en la magistratura doméstica y castiga infracciones de deberes fundamentales necesarios al buen orden de la familia mientras la indignidad tiene causas que primariamente son faltas sociales, a nuestro juicio es más aparente que realmente cierto y constatable. En efecto, según el art. 757: "*Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.*" Lo cual indica que la eficacia de la indignidad queda en definitiva a disposición del causante, excepto aquéllas que por no conocerlas, o por ser posteriores a toda posible actuación del mismo (núms. 4º

Código civil, para su eficacia incapacitante, las causas de indignidad han de ser siempre objeto de prueba y declaración judicial correspondiente (24); en tanto que no hace falta probar la certeza de la justa causa de desheredación expresada, sino en caso de que *fuere contradicha* (art. 851 C. c.) (25). Además, en caso de existir al tiempo de otorgar su testamento una causa de indignidad de uno de los herederos, la desheredación impide que el silencio del testador se tome como remisión tácita (26), o que, en principio, se considere como preterición (27).

No aceptamos, en cambio, la opinión de aquellos autores para quienes las causas de indignidad, por sí solas, no privan de la legítima, excepto la núm. 2 del art. 756 —que expresamente lo preceptúa, a diferencia que de los demás supuestos— (28). Con la mayor parte de la doctrina (29) y el Tribunal Supremo (30), creemos que la indig-

y 7.^º del art. 756), que, precisamente por eso, no son recogidas como causas de desheredación en el art. 852, actúan sólo *ex lege*.

(24) La S. 11 febrero 1946 declaró que "es norma general la capacidad y la dignidad e idoneidad *ab initio* para suceder". Los autores coinciden en que la indignidad requiere su declaración por sentencia firme cfr., Felipe Sánchez Román, "Estudios de Derecho Civil" VI-II, cap. XVI, n. 26, —2.^a ed. Madrid 1910— pág. 1.113; José Castán Tobeñas, "Derecho civil Español Común y Foral". 4.^a ed. Madrid 1939, I-II, Lec. XXVIII, pág. 375; Federico Puig Peña, "Tratado de Derecho Civil Español", —Madrid 1963— vol. V-II, capítulo XV, I, A, c, c', p. 418; Francisco Bonet Ramón, "Compendio de Derecho Civil", vol. V —Madrid 1965— n. 129, pp. 695 y ss.; José Puig Brutau, "Fundamentos de Derecho Civil", V-III, —Barcelona 1964— cap. II, 3, V, pp. 223 y s.

(25) La S. 20 mayo 1931 en su segundo considerando razonó que si bien, "los hijos tienen acción para defender y reivindicar sus derechos hereditarios, esa doctrina no puede ser aplicable... porque mientras no sea anulado el testamento de... en que el demandante fue desheredado, la desheredación priva de todo derecho sobre la herencia de su padre".

(26) Cfr. J. Santamaría, "Comentarios al Código civil" (Madrid 1958), T. I, arts. 848 a 857, n. 3, pág. 331. Pensamos en un testamento que no contenga más que legados y en el que no se disponga de toda la herencia ni se haga mención alguna del indigno.

(27) Calixto Valverde Valverde ("Tratado de Derecho Civil Español", vol. V —ed. Madrid 1939— cap. XIII, § II, p. 303) ha escrito que invocada una causa de indignidad por el testador como causa de desheredación, le permite nombrar e instituir otro heredero, cosa que no podría hacer, si la causa de indignidad no lo fuera de desheredación. Así, aun cuando creemos —cfr. "El deber formal de..." n. 16, a, loc. cit., pp. 55 y s.— que el indigno puede ser preterido sin que entren en juego sus efectos invalidatorios, es lo cierto que la indignidad no probada del preterido —ya que ésta ha de probarse y ser declarada en sentencia firme— daría lugar a los efectos más amplios del artículo 814 y no a los más restringidos de la desheredación injusta del 851.

(28) Manresa, "Comentarios al Código civil español", vol. VI —ed. Madrid 1932— arts. 756 y 757, p. 59; De Diego, op. y vol. cits., Lec. 82, p. 45; Valverde Valverde, op. y vol. cits., cap. XX, § II, p. 448.

(29) Mucius Scaevola, "Código civil comentado y concordado extensamente" —5.^a ed. Madrid 1943— art. 756, III, C, 2.^a, p. 395; Demófilo De Buen, Notas al "Curso Elemental de Derecho Civil" de A. Colin y H. Capitant, vol. VIII, (ed. Madrid 1928), cap. IV, sec. I, § 2, p. 381; Castán Tobeñas, op. y vol. cits. p. 278; Roca Sastre, *Notas al Derecho de Sucesiones de Theodor*

nidad del legitimario le excluye siempre de su derecho a la legítima (31).

El Derecho romano había conocido la llamada *exheredatio bona mente facta* (32) dispuesta en interés del propio desheredado o de su familia.

Hoy admiten expresamente esta forma benigna los Códigos austriaco (33), suizo (34) y alemán (35). Sin embargo, predominan los

Kipp, vol. II (Barcelona 1955); Mario Armero Delgado, "Testamentos y particiones" —Madrid 1951— n. 256, p. 430; José Luis Lacruz Berdejo, *Notas al "Derecho de Sucesiones"* de Julius Binder (Barcelona 1955) § 39, p. 346; Manuel Espinar Lafuente "La herencia legal y el testamento" (Barcelona 1956) § 166, pp. 367 y ss.; J. Santamaría, op. cit., art. 756, p. 742; Puig Brutau, op. y vol. cit., cap. II, n. 3, V, p. 225; Bonet Ramón, op. y vol. cit., CXXIX, número 129, pp. 695 y ss.

Con ciertas atenuaciones Félix Hernández Gil, loc. cit., p. 489 y Puig Peña, op. y vol. cits., cap. XV, I, A, pp. 416 y ss.

(30) S. 28 febrero 1947.

(31) Son razones que nos parecen decisivas: 1.º No parece lógico escindir los efectos de la indignidad según se trate de los bienes libremente disponibles y de los integrantes de la legítima. 2.º Repugna moralmente admitir como herederos forzosos a quienes hayan incurrido en cualquiera de las causas del artículo 756, que dan lugar a que la ley los califique de indignos y suponen grave violación de los deberes familiares en los que se funda la sucesión forzosa. 3.º El art. 761 C. c., al prevenir en términos generales para el supuesto de que el excluido por incapacidad fuese hijo o descendiente legítimo del testador, no alude a un supuesto excepcional sino a todos los casos de indignidad. 4.º El remedio de la desheredación sólo sería posible en caso de que el causante conociera los hechos que causen la indignidad y si tuviese capacidad para testar; por lo cual, en caso de desconocerlos o de no ser capaz para testar, se llegaría al absurdo de que el indigno tendría asegurada su legítima, a todo evento.

(32) Dig. XXVIII-II, 18; XXXVIII-II, 12, § 2. Véase el supuesto de Dig. XXVII-X, 16, pr. y § 2.º, en el cual el testador que tiene un hijo enfermo mental o pródigo instituye herederos a los hijos de éste, y al mismo, solamente, le deja los alimentos necesarios.

(33) Código austriaco, 773, la admite para caso de insolvencia absoluta o prodigalidad de un hijo, pero dejando su legítima a los hijos del propio hijo desheredado plenamente.

(34) Código civil suizo, art. 480: "*Le descendant contre lequel il existe des actes de défaut de biens peut être exhérité pour la moitié de sa réserve, à condition que cette moitié soit attribuée à ses enfants nés et à naître.*"

"L'exhéritation devient caduque si, lors de l'ouverture de la succession, il n'existe plus d'actes de défaut de biens ou si le montant total des sommes pour lesquelles il en existe n'excède pas le quart de son droit héréditaire."

(35) El B. G. B., § 2338, dice: "Si un descendiente se ha dado a la prodigalidad de tal forma o si está de tal manera sobrecargado de deudas que su posterior adquisición peligra notablemente, el causante puede limitar el derecho de legítima del descendiente mediante la ordenación de que después de la muerte de dicho descendiente sus herederos legítimos deban percibir lo a él dejado o la legítima a él correspondiente como herederos sucesivos o como legatarios sucesivos, según la proporción de sus porciones hereditarias legítimas. El causante puede también transmitir a un ejecutor testamentario la administración por el tiempo de vida del descendiente; el descendiente tiene en semejante caso pretensión al producto neto anual."

A las ordenaciones de esta clase se aplican oportunamente las disposiciones del parágrafo 2336, párrafos 1.º a 3.º. "Las ordenaciones son ineficaces si al

ordenamientos jurídicos que sólo regulan la desheredación como pena o sanción de una conducta inmoral de quien es desheredado.

García Goyera (36) afirmó que esta desheredación “nunca tuvo lugar entre nosotros; y menos puede tenerla en el nuevo Código” (37). Ninguno de los ordenamientos jurídicos españoles vigentes la recogen (38).

5. Hemos visto en otro trabajo (39), que en Roma, por *ius civile* los *sui* debían ser instituidos herederos o exheredados, y que por *ius praetorium* este criterio se extendió a los *liberi*. La *exhereditatio* en un principio no tenía más requisitos que los puramente formales. Es decir, no requería justificación causal alguna, hasta que apareció la *querella inofficiosi testamenti*.

Esta *querella* que debió iniciarse a fines de la República y que aparece como estable en tiempos de Trajano, fue desenvuelta en la práctica del Tribunal de los *Centunviri* (40), palestra de los virtuosos de la retórica. Estos podían impresionar a miembros de Tribunales que no fuesen juristas describiendo el testamento impugnado, a imitación de modelos griegos, como hecho por un loco (*a fusioso factum*) que obró *colore insaniae* o *non sanae mentis* (41).

Pero la *querella* no podía prosperar, si el testador había tenido razones suficientes para justificar, a juicio del Tribunal, la *exhereditatio* ordenada (42). La expresión por parte del testador de la causa de la exclusión no se estimó necesaria sino en el caso de que ésta fuese total (43).

La Novela CXV en sus capítulos III —para los descendientes— y IV —para los ascendientes—, exigió que para la eficacia de la desheredación: el testador expresara la causa; que ésta fuera una de las previstas por la ley, y que en caso de ser negada por el desheredado fuera probada por el heredero instituido (44).

tiempo de la muerte del causante el descendiente se ha apartado duraderamente de la vida pródiga o si ya no existe la superendeudación que fue causa de la ordenación.”

(36) Florencio García Goyena, “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español”. T. II. art. 666, p. 110.

(37) Puig Peña (op. y vol. cits., cap. XV, n. 1, p. 422) recuerda que el Fuero de Zamora permitió que si fuesen los hijos o hijas jugadores o malos, pero no hubiera causa legal de desheredación, podía retenerles la legítima el cónyuge sobreviviente hasta que fueran buenos.

(38) Puig Peña (loc. últ. cit.) y Puig Brutau (“Fondamentos..., vol. V-II, cap. II, n. 3, III, pág. 220) apuntan que en nuestro Derecho los efectos de la desheredación *bona mente* pueden lograrse mediante el uso de cautelas, instituciones modales y otros institutos sucesorios como la mejora.

(39) Cfr. *supra*, nota 3.

(40) Cfr. Schulz, op. cit., § 477, p. 263.

(41) Cfr. Schulz, § 485, pp. 265 y ss.

(42) Schulz, § 482, p. 264.

(43) Cfr. Windscheid, “Diritto delle Pandette”, § 585, 1 (ed. italiana con notas de Fadda y Bensa, Torino 1925, vol. III, p. 258), que cita Dig. XXXVII-IV, 3, § 5.

(44) Windscheid, § 587, n. 2, pp. 274 y ss.

Ambos capítulos III y IV de la Novela CXV determinaron las justas causas de desheredación, respectivamente, de los descendientes (45) y de los ascendientes (46).

Respecto de los hermanos pospuestos a *turpis persona* nada innovó la Novela CXV (47).

B) *La desheredación en el Derecho de Castilla y en el Código Civil.*

6. El Derecho romano justiniano fue recogido fiel y galantemente por Las Partidas, en el Título VII de la 6.^a Partida. Sus leyes 4, 5, 6 y 7 señalaron las justas de desheredación de los descendientes, explicando el primer inciso de la 8.^a que: “*Si el padre deshereda su fijo por alguna razón culquier, de las que diximos en las leyes ante desta, si fuere provada, desizmos que deue perder porende el fijo la heredad del padre*”. La ley 10 expresó las causas de desheredación de los ascendientes. Y la ley 12 formuló la doctrina relativa a la desheredación del hermano, para que éste no pueda impugnar el testamento en que fuera pospuesto a *persona turpis* (48).

A las causas de desheredación de los descendientes, la ley 49 de Toro (Novis. Recop. X-II, ley 5) añadió respecto de las hijas su matrimonio clandestino. Y la Pragmática de Carlos III de 23 marzo 1773 (Novis. Recop. h.t., ley 9) agregó el matrimonio de los hijos de familia, menores de 25 años, sin consejo o consentimiento paterno.

El Código civil español en su art. 813 § 1, dice que: “*El testador*

(45) Según el cap. III de la Novela CXV eran justas causas de desheredación: 1. Ofensa de obra. 2. Injuria grave o deshonrosa. 3. Acusación en causa criminal que no fuera por delito contra el Príncipe o la República. 4. Vivir como malhechor, o con malhechores. 5. Atentado contra la vida de sus ascendientes. 6. Comercio ilícito con la madrastra o con la concubina del padre. 7. Delación que causara a los ascendientes graves quebrantos. 8. Negativa a prestar fianza en caso de prisión del ascendiente. 9. Haber impedido testar al ascendiente. 10. Asociación contra la voluntad del ascendiente con atletas o mimícos o participación en tales actividades. 11. Vida lujuriosa de la hija o nieta. 12. Falta de prestación de auxilio en estado de locura del ascendiente. 13. No rescatarlo estando cautivo. 14. Apostasía o herejía de la fe católica del descendiente, si el ascendiente fuese católico.

(46) Según el cap. IV de la Novela CXV, eran justas causas de desheredación de los ascendientes: 1.^o Entrega del descendiente para que pierda la vida. 2.^o Atentado contra su vida. 3.^o Trato ilícito con la nuera o con la concubina del hijo. 4.^o Haberle impedido hacer testamento. 5.^o Atentado de un padre contra la vida del otro. 6.^o Falta de cuidados estando loco el hijo. 7.^o Negligencia en rendimiro, estando cautivo. 9.^o No ortodoxia del ascendiente siendo el descendiente católico.

(47) Cfr. Windscheid, § 587, p. 274.

(48) De la ley 12. tít. VIII de la 6.^a Partida resulta que: “*Pero tres razones son, porque non se quebrantaria el testamento en que el hermano ouiesse establescido por su heredero a ome, maguer fuese enfañado, o de mala vida*” ... “*si ouiesse deseheredado a quel su hermano*” por “*que ouisse trabajado de su muerte en alguna manera*”, “*le ouisse acusado criminalmente a muerte o perdimiento de miembro*”, y “*le ouisse fecho perder la mayor partida de sus bienes...*”.

no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley”, y regula la desheredación en la sección 9.^a del capítulo II del Título III del Libro III (arts. 848 a 857). Esta tiene sus precedentes legislativos en el cap. VII, Tít. I del Libr. III del Proyecto de 1851 (arts. 666 a 674) y en la Sec. 7.^a del cap. I, Tit. III, Lib. III del Anteproyecto 1882-1888 (arts. 834 a 842).

Pero, pese a la clasicidad de la regulación de la desheredación que el Código civil contiene, es lo cierto que en la esencia de su concepto ha operado una mutación fundamental. “*Desheredar*” no responde ya en el Código civil a su significado etimológico. No olvidemos que —como hemos visto en otro trabajo (49)— ha desaparecido el deber formal de instituir herederos a los legitimarios. Desheredar, hasta el Código civil, era privar de la condición de heredero a alguno de los llamados herederos forzados. Hoy es *privar de su legítima* a quienes en principio tienen derecho a ella. Así lo define el § 1.^º del artículo 813 C. c.; y así resulta de la mutación, antes indicada, en el deber de atribuir la legítima, que ya no es necesario que sea otorgada a título de heredero.

Régimen de la desheredación en el Código civil.

a) *Sujetos de la desheredación.*

1) *Capacidad para desheredar.*

La Ley 2, Tít. VII de la 6.^a Partida, en su primer inciso, precisó que: “*Todo omne que pueda fazer testamento, ha de poder desheredar a otro de sus bienes*”. Gregorio López (50) glosó que esto concordaba con lo expuesto por Azón en su *Suma del Tít. De liberis praeteritis del Codex*.

Nada dice al respecto el Código civil, por lo cual —siendo requisito formal de la desheredación, hacerse en testamento— debe entenderse que la capacidad para desheredar es la normal requerida para testar: Quien puede instituir heredero puede desheredar (51).

(49) Cfr. “El deber formal de instituir...”, n. 3, loc. cit., pp. 10 y ss.

(50) Gregorio López, gl. a la palabra *desheredar* de esta ley 2, cfr. ed. anotada por Saponts y Barba, Martí de Eixalá y Ferrer y Subirana, Vol. III. Barcelona 1843, gl. 5 del tit. VII, P. 6.^a, p. 536.

(51) Cfr. Modesto Falcón, “Exposición doctrinal del Derecho civil común y foral”, tít. I, cap. III, sec. II, párraf. IX, n. 3; cfr. 5.^a ed. Barcelona 1897, t. III, p. 278; Rafael Ramos Bascuñana, “De las sucesiones. Tratado teórico práctico según el Código civil”, T. II. Madrid 1898, cap. XXXV, n. 6, p. 237; Castán Tobeñas, op. cit., 4.^a ed., vol. I-II, Lec. LXVIII, III, p. 372; Valverde Valverde, op. y vol. cits., cap. XIII, § VI, p. 300; Juan Manuel Pascual Quintana, “La desheredación en el Código civil”, en R. D. Español y Americano, año III, n. 12, marzo-abril 1958, p. 109; Puig Peña, op. cit., vol. V-II, cap. XV, 3, A, p. 424; Bonet Ramón, “Compendio...”, vol. cit., § CXXIX, n. 129, p. 691.

2) *¿Quiénes pueden ser desheredados?*

Del texto del Código civil resulta que pueden ser desheredados:

- “*Los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales*” (art. 853);
- “*los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales*” (art. 854);
- el “*cónyuge*” (art. 855).

Es decir, pueden ser desheredados todos los herederos forzados enumerados en el artículo 807.

La duda sólo surge respecto a los *hijos adoptivos*:

Parece que, antes de la reforma de 1958, al haber dejado de ser heredero forzoso el adoptado, en todo caso, y al haberse transformado en contractuales sus derechos hereditarios, la figura de la desheredación propiamente dicha no era aplicable (52). No obstante, pudo discutirse si las causas de desheredación podían aplicarse analógicamente para resolver el pacto sucesorio previsto en el artículo 177 C. c.

Hoy, en virtud de la reforma de 24 abril 1958, podemos distinguir:

I) *La desheredación propiamente dicha aplicable a los supuestos de adopción plena*, en virtud de la asimilación a efectos sucesorios: del adoptado plenamente, y por representación de sus descendientes legítimos, con el hijo natural, y del adoptante, en la sucesión de aquél, al padre natural (art. 179 C. c.) (53).

II) *Su aplicación analógica a los derechos sucesorios establecidos en la escritura de adopción*, tanto si esta es plena como menos plena, en virtud de lo dispuesto en el § 3.^o del artículo 174 C. c., al disponer que: “*Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriere en indignidad para suceder o causa de desheredación o se declare extinguida la adopción*” (54).

(52) Cfr. J. Robles Fonseca, “*¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?*”, en R.C.D.I. XV, julio 1942, pp. 464 y ss., quien destacó el cambio operado al discutirse el Proyecto de 1851 al desecharse la ponencia de Cirilo Alvarez y aceptarse la de García Goyena.

(53) La asimilación parece total y absoluta, incluso a efectos de aplicación a los descendientes legítimos del adoptado desheredado justamente o declarado indigno de los beneficios de los arts. 761 y 857 C. c. Cfr. Francisco Castro Lucini, “*Los derechos sucesorios del hijo adoptivo*”, en A. D. C. XV-III, julio-septiembre 1962, p. 649.

(54) Esa aplicación analógica no significa asimilación a la legítima de los derechos derivados del pacto sucesorio en escritura de adopción (cfr. Castro Lucini, loc. ult. cit., pp. 637 y s.). Al circunscribirse al adoptado los derechos derivados del pacto previsto en el art. 174 C. c., al no ser extensivos a los descendientes legítimos de éste, y al no haber base alguna para la aplicación a su favor del derecho de representación, no vemos base para aplicar a favor de éstos los beneficios previstos en los arts. 761 y 857 en caso de haber incurrido el adoptado, favorecido en el pacto sucesorio, en causa de indignidad o desheredación (cfr. Bonet Ramón, “*Compendio...*”, vol. cit., § CXXIII, n. 89, B, a, 2.^o, p. 504. y Castro Lucini, loc. cit., p. 638).

De la llamada *desheredación por el reservista* deberemos ocuparnos en su lugar oportuno (55).

3) *Capacidad para ser desheredado.*

La misma ley 2, en su inciso 4.^o, previno que: “*Otros si dezimos, que todos aquellos que descienden por la línea derecha, pueden ser desheredados de aquél mismo de quien descienden si fizieren por que, e fueren de edad de diez años e medio a lo menos*” (56).

Tampoco sobre esta cuestión dice nada el Código civil. La doctrina no se ha mostrado de acuerdo.

Unos autores creyeron de aplicación la capacidad penal (57).

Otros la refirieron a la capacidad para actuar con dolo (58).

Otros se han inclinado por dejar la apreciación de la imputabilidad al ponderado arbitrio de los Tribunales, sin que quepa determinarla a priori, sino que debe aplicarse atendiendo a las circunstancias de cada caso (59).

Y, finalmente, ha predominado el criterio de distinguir según el hecho que sea causa de desheredación constituya un delito penal o bien sólo un acto civilmente culposo o doloso (60), bien sea matizado con un flexible arbitrio judicial (61).

(55) Cfr. lo que al respecto dijimos en “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil”, II Parte, § 5.^o, n. 31, I, y n. 32, ed. sep., pp. 238 y ss. y 255 y ss., y A.D.C. XIII-III, pp. 699 y ss. y 721 y ss.

(56) Gregorio López, al glosar las citadas palabras “*Otro si dezimos*” (gl. 8 al tit. VII, ed. y vol. cits., p. 537) señala que concuerda con Azón; y al glosar las palabras “*de diez años y medio*” (gl. 9, p. cit.) cita la ley 33, § 1.^o, Cod. III-XXVIII, que concluyó “*Satis enim crudelc nobis esse videtur, cum, qui non sentit, ingratum existimari*”.

(57) Este criterio fue defendido por Falcón (op. y loc. últ. cit., n. 2, pp. 277 y s.), quien precisó la edad de quince años, de acuerdo con el Código penal entonces vigente. En contra de este criterio, Nicolás R. Gómez (Tratado teórico legal de Derecho de sucesión. T. I. Valladolid 1891, cap. XVII, n. 4, p. 606) observó que no cabe comparar la capacidad penal y la civil, y que en caso de estimarse aplicable aquélla, debería determinarse por la edad que deja de ser circunstancia atenuante (es decir, dieciocho años y no quince en el Código penal entonces vigente).

(58) Cfr. Gregorio Burón García, “Derecho Civil Español según los principios, las leyes, los códigos y las leyes precedentes y la reforma del Código civil” (ed. Valladolid 1898, vol. III, § 977, p. 811).

(59) Valverde Valverde (op. cit., vol. V, cap. XIII, § 2.^o p. 301); De Buen (*Notas* cit., vol. VIII, cap. II, Sec. IX, 7, pp. 346 y s.), que cree que el arbitrio judicial ha de atender a la capacidad requerida para incurrir en dolo o en culpa civil; Alberto Rovira Mola, voz *Desheredación*, en Nueva Encyclopedie Jurídica Española SEIX, vol. VII, Barcelona 1955, p. 262; Mario Armero Delgado (op. y vol. cits., p. 432); De Diego, “Instituciones...”, vol. III, Sec. 90, pp. 233 y s.), quien dudó entre el criterio de aplicar la capacidad penal o el de dejar la solución al criterio de los Tribunales.

(60) Rafael Ramos (op. y vol. cits., cap. XXXV, n. 10, p. 240) fue el primero en distinguir según se tratara de un delito penal, supuesto en el cual estimó de aplicación la capacidad penal según ese Código, o de casos con dolo o culpa civil, para los cuales estimó que el juez en cada caso debía determinar si el autor tenía el discernimiento suficiente para podérsele imputar. En igual sentido, Bonet Ramón (op. y loc. últ. cit., n. 127, p. 692).

(61) Puig Peña, op. y loc. últ. cit., p. 425.

8. b) *Modo de efectuarse.*

1) *Debe hacerse en testamento.*

El artículo 849 C. c. comienza declarando que: “*La desheredación sólo podrá hacerse en testamento...*” (62).

Corresponde al criterio tradicional, que sólo autorizaba a desheredar en testamento y no permitía hacerlo en codicilo (63).

“Esto claramente significa —explicó Sánchez Román (64)— que no puede hacerse en acto *inter vivos* ni en otra forma o instrumento alguno que la de *testamento*; y, por tanto, que, *dentro de él*, y *no fuera*, en documento de ninguna clase, ha de constar hecha la desheredación, con *todas* las condiciones legalmente necesarias para su validez; pues, si bien a esto bastaría el precepto terminante del artículo 849, concuerda con el sentido general del Código revelado en el artículo 672 de que “toda disposición que sobre la institución de heredero, mandas o legados —verdad es que no dice *desheredación*, pero puede deducirse de la generalidad de sus primeras palabras— que haga el testador refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será *nula*, si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo” (65).

Puede hacerse en cualquier clase de testamento, común o especial (66).

Naturalmente, la revocación del testamento que contiene la desheredación deja esta sin efecto (67). Pero el testador puede fallecer

(62) Literalmente igual al primer inciso del art. 835 del Anteproyecto 1882-1888. El art. 667 del Proyecto de 1851, comenzaba: “*La desheredación debe hacerse en testamento...*”.

(63) Gregorio López, al glossar las palabras “*Todo ome que pueda fazer testamento ha poder de desheredar*” de la ley 2, Tít. VII, Partida 6.^a (gl. 5 a dicho tit., cfr. ed. y vol. cit., p. 536), señala que el texto concuerda con la *Suma de Azón* y que se colige que debe hacerse necesariamente en testamento; y que en codicilo no puede darse ni quitarse la herencia conforme al Derecho romano. Pero planteó dudas en los supuestos de que la desheredación se convirtiera en codicilo confirmado después en testamento; e indicó que había conocido una causa en la cual se debatía la validez de la desheredación de una hija hecha en cierta escritura cuyo contenido aprobó el padre en su testamento, fallándose la validez, lo que estimó justo porque el testamento se había referido expresamente a la desheredación contenida en la escritura.

(64) Sánchez Román, op. cit., vol. VI-II, cap. XVI, n. 23, pp. 1105 y s.

(65) En igual sentido han interpretado el art. 672 C. c. Mucius Scaevola, op. cit., vol. XIV, art. 849, III, 3, p. 997; Luis Vallterra, loc. cit., p. 852; Alberto Rovira Mola, loc. cit., p. 263; Puig Brutau, op. y vol. últ. cits., cap. III, 3, p. 220; Puig Peña, loc. últ. cit., 3, C, a, p. 428.

(66) Cfr. Sánchez Román, loc. últ. cit., p. 1106; Vallterra, loc. cit., p. 862, hacen notar que con cualquier clase de testamento se cumple el deber formal, ya que el art. 849 no distingue.

(67) Los apartados 2 y 3 de la ley 2, tít. VII, 6.^a Partida, dicen: “*Pero si el testamento en que fuesse alguno desheredado, se rompiesse, por alguna derecha razón, o lo reoucasse aquel que lo hizo, o se desatasse por rason de que los herederos que eran escritos en el, non quisiessen entrar la heredad del*

con varios testamentos válidos (68); y no sólo por declaración expresa del testador, sino también por resultar tácitamente ser esta su voluntad interpretada de conformidad al artículo 675 C. c. (69). No hay, pues, duda de que la desheredación puede ser compatible con la vigencia simultánea de varios testamentos, que no supone ni puede suponer la existencia de dos voluntades distintas, sino que entre todos integran una sola voluntad. De esta forma las circunstancias legalmente necesarias para la desheredación podrán no constar todas en cada uno de los testamentos, ni siquiera en uno solo de ellos, siempre que reunidos las completen y que no se excluyan o revoquen uno al otro, sino que sean compatibles (70).

2) Designando al desheredado.

La ley 3 tít. VII de la 6.^a Partida, en su primer apartado, dijo que: “*Ciertamente, nombrándolo por su nome, o por sobrenome, o por otra señal cierta, deuc el testador desheredar a cualquier de los que descienenden del por liña derecha, quando la quiere fazer; quier sea varon, o quier sea muger, e sea en su poder o non, de manera que ciertamente pueda saber, qual es aquel que deshereda*” (71).

El Código civil, al tratar de la desheredación, no contiene ninguna disposición equivalente a la transcrita, pero su doctrina debe estimarse

testador; estonce, el que fuese desheredado en tal testamento, non le empesceria. Ca pues que el testamento non valiese, non valdria el desheredamiento que fue hecho en el.

(68) Art. 739, § 1.^o, C. c.: “*El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.*”

(69) SS. 22 marzo 1901, 12 septiembre 1947, 4 noviembre 1961. Cfr. Luis Diez Picazo, “Pluralidad de testamentos”, en Rev. Der. Notarial, XXVII, enero-marzo 1960, pp. 7 y ss., y Félix Pastor Ridruejo, “La revocación del testamento” (Barcelona 1964), cap. VII, pp. 190 y ss.

(70) Cfr. Manresa (op. y vol. y arts. cits., n. 3, pp. 563 y s.), quien dice que así es posible y válido que “desheredado un heredero forzoso sin expresión de causa en un testamento, se haga constar esa causa en otro posterior, o que expresada una justa causa y omitido después un hijo, se le desherede más tarde de modo expreso, siempre que, combinadas las disposiciones de unos y otros testamentos, conste claramente la desheredación y la causa legal y cierta en que se funde”. También Scaevela (loc. y art. últ. cits., pp. 995 y s.), quien observa que debe rechazarse, por exceder de su finalidad, una interpretación restrictiva y literalista del art. 849, apoyada en que éste emplea en singular la palabra *testamento*, y en que luego añade que habrá de expresarse en él la causa de la desheredación. El mismo criterio hallamos en Sánchez Román (loc. últ. cit., p. 1106), Marceliano Isabel (“Desheredación”, en Enciclopedia Jurídica Española SEIX, vol. XI, pp. 802 y ss.), Rovira Mola (loc. cit., p. 262), Puig Peña (op., vol. y cap. cits., nota 14 de la p. 248).

(71) En los siguientes párrafos esta ley 3 señala los supuestos en que se puede desheredar sin nombrar por su nombre al desheredado como si quien tuviere un hijo solamente, dijere: “*Desheredo mio hijo*”, o si dijere “*El malo, o el ladrón e el matador que non mercesce ser llamado mio hijo, desheredolo por tal yerro que me fizo*”.

la misma, deduciéndola de lo dispuesto para la institución de heredero en los artículos 772, §§ 1 y 2, y 773, § 1 (72), que dicen así:

Art. 772, § 1.^o: “*El testador designará a su heredero por su nombre y apellido, y cuando haya dos que los tengan iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido.*” § 2.^o: “*Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse de quién sea el instituido, valdrá la institución.*”

Art. 773, § 1.^o: “*El error en el nombre y apellido o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada.*”

3) *Expresando la causa legal en que se funde.*

El art. 849 C. c. después de decir que la desheredación sólo podrá hacerse en testamento, concluye “..., expresando en él la causa legal en que se funde” (73).

Este requisito formalmente queda cumplido:

— si se expresa la causa legal aunque no se precisen los hechos constitutivos, que de ser ciertos podrán ser probados por los herederos, en caso de ser controvertidos, aunque el testador no los haya precisado (74).

— si se refiere el hecho constitutivo, aunque no se indique la causa legal a que corresponda (75).

(72) Cfr. Sánchez Román, loc. últ. cit., pp. 1107 y s.; Isabal, loc. cit., p. 802; De Buen, *Notas* y loc. cit., p. 346; Valverde Valverde, op. y loc. cit., p. 301; Puig Peña, loc. últ. cit., n. 128, pp. 693 y s.

(73) El art. 667 del Proyecto de 1851 concluía “*expresándose la causa especial en que se funde*”, y el art. 835 del Anteproyecto de 1882-88, “*expresando en él la causa especial en que se funde*”.

García Goyena (op. y vol. cits., art. 667, p. 110) glosó que la Novela 115, cap. 3, exigió que “*ipsus nominatim ingratitudinis causas suo inseruarit testamento*” y que: “Concuerdan la ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, y las 1 y 2, título 9, libro 3 del Real; pero son notables sus palabras “Nombre señaladamente la razón porque lo deshereda...”.

La ley 1 del Tit. VII de la 6.^a Partida, al definir la desheredación, explica el modo de hacerla expresando “*porque tal yerro me fizó*”.

(74) La S. 4 noviembre 1904, que en un supuesto en que el testador expresó que desheredaba a su hijo por “*haber sido injuriado gravemente de palabra y en actos repetidos*” y “*considerarlo comprendido en la causa 2.^a de desheredación que establece el art. 853 del Código civil*”, estimó correcto el modo de expresión y, en su primer considerando, que “*no existe precepto alguno*” que obligue al testador a determinar el hecho constitutivo de la injuria o las palabras en que éste se haga consistir, por cuanto su certeza puede ser contradicha, y debe en este caso probarse, en juicio, para que la desheredación sea válida y eficaz en perjuicio del desheredado”.

Cfr., en este sentido, Manresa, loc. últ. cit., n. 3, p. 564; Ricardo Oyuelos, “*Digesto*”. T. IV —Madrid 1921—, art. 949, a, pp. 66 y s.

(75) Cfr. Scaevela, loc. últ. cit., pp. 997 y s., que propone estas fórmulas: “*Desheredo a mi hijo porque me ha llamado ladrón*”; “*Desheredo a mi hija por la vida prostituida que lleva*”.

— si se señala genéricamente una causa que pueda comprenderse en alguna o en varias de las legalmente tipificadas (76).

— si, aún sin precisar el hecho ni referirse a una causa legal genérica ni específicamente determinada, las palabras con las que el testador se exprese sean suficientemente explícitas para hacer entender que se refirió a hechos ocurridos calificados por la ley como causa de desheredación (77).

4) *¿La desheredación debe ser total? ¿Cabe que sea sólo parcial?* (78).

9. La ley 3, tít. VII, 6.^a Partida concluye “... e de toda la heredad lo deve desheredar, e non de una cosa tan solamente; e si assi non lo fiziesse non valdría”.

Gregorio López (79) glosó que concuerda con la ley 19 Dig. *De lib. et posth.* (XXVIII-II) y ambas leyes se estimaron, la romana por Bartolo (80) y la castellana desde los autores del Siglo XVI (81) a Febrero (82), como consecuencia del principio “nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest”. Lo cual, ciertamente, resulta del mismo texto de Paulo, ya que éste contrapone la negativa a poder desheredar en una parte o en un fundo, al criterio de la ley “si ex fundo”, en la cual al instituido sólo en cosa cierta se le con-

(76) S. 6 diciembre 1963, que si bien no dio lugar a la desheredación por no haberse probado la inclusión en causa legal, presupuso, sin embargo, que la forma quedaba cumplida pese a que “la cláusula testamentaria en que se establecía la desheredación no adscribe los motivos en que dice fundarse, de modo específico, a ninguna de las causas legales prevenidas al efecto, aunque de modo genérico comprenda a varias”.

(77) Cfr. Scaevela, loc. ult. cit., p. 998, que pone al examen una serie de fórmulas de generalización progresiva: “Desheredo a mi hija por haberse prostituido”; “por su vida licenciosa; por sus alardes inmorales”; “por su mala conducta”; “por su género de vida”, cuando realmente la hija se hubiese entregado a la prostitución. A su juicio, su solución se halla “en una pura cuestión de prueba de la voluntad del testador. Cuando las palabras con que éste se exprese sean suficientes para comprender que se refirió a hechos de los calificados en la ley al establecer las causas de desheredación, el art. 849 se considera cumplido. Cuando, por el contrario, quepa duda de si se refirió a otros hechos, la desheredación se deberá tener por nula.” Como ha dicho Puig Brutau (loc. ult. cit., p. 221), no será admisible manifestar en forma dudosa o ambigua la voluntad de desheredar.

(78) Cfr. nuestro trabajo “¿Puede desheredarse parcialmente o bajo condición?”, en Rev. Der. Not., LVII-LVIII, julio-diciembre 1957, págs. 179 y ss.

(79) Gregorio López, gl. a las palabras “e non de una cosa” de la ley 3, tít. VII, 6.^a P., gl. 19 del tít. VIII (cfr. ed. y vol. cits., p. 538).

(80) Bartolo de Saxoferrato, “In Primam Infortiati Partem” ad Lib. XXXIII, Tít. *De liberis et posthumis*, lex XIX (cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 91 vto).

(81) Doctor Luis de Molina Morales, “De Primogenitorum Hispanorum Origine ac Natura”, Lib. I, Capt. IX, n. 20 (cfr. Nova editio, Lugduni 1749, p. 86).

(82) Josef Febrero, “Librería de Escribanos e instrucción jurídica, teórico-práctica de principiantes”, I Parte, cap. I, § XVI, n. 174 (cfr. 3 ed. Madrid 1783, tomo I, p. 155).

sideraba como legatario; diferencia sólo debida a que la institución debe interpretarse favorablemente mientras las desheredaciones no deben ser favorecidas.

Así se afirmó que al desheredado podían atribuirse legados (83).

Además, apoyándose en la ley 30 pr. del Cód. III-XXVIII, y en su interpretación por Bartolo (84), se admitió la posibilidad de rechazar la petición del complemento a quien hubiese recibido menos de su legítima, aún a título de institución, y sido declarado ingrato o desheredado por el testador, resultando convicto de dicha ingratitud (85).

El Código civil (86) nada ha dicho respecto de la prohibición de desheredar parcialmente (87). Pero el silencio tiene clara explicación en favor de la supresión de toda prohibición al respecto.

Así vemos que se venía insistiendo, a partir de la revisión del Febrero hecha por Joseph Marcos Gutiérrez (88), en que el texto de

(83) Luis de Molina, S. I., "De Iustitia et Iure", Tract. II, Disp. CLXXV, n. 22 (cfr. ed. novissima Colloniae Allobrogum 1733. T. I, p. 391): "Potest tamen filio exheredato relinquere legatum".

(84) Bartolo, "Ad tertium lib. Codicis", Lib. III, tit. De inoff. testam. lex XXX (cfr. ed. cit., fol. 104 vto. y s.).

(85) Antonio Vázquez de Menchaca, "De successionis creatione", Lib. III, § 30, n. 96 (cfr. ed. Salmanticae 1559, fol. 210 vto.); Gregorio López, gl. a las palabras "non podría después querellarse" de la ley 6, tit. VIII, 6.^a Partida (gl. 38 al tit. VIII, p. 568, ed. cit.); y Luis de Molina, S. I. loc. ult. cit.

Gregorio López, en esta glosa, contrapone el supuesto del § 2.^a, ley 35 Cod. h. t., de aprobación del testamento por el hijo preterido que hubiese recibido parte de su legítima, la cual no le impide ejercitar su derecho al suplemento, frente al caso, expuesto en el texto, de haber sido desheredado, en el cual no puede reclamarlo. Vázquez de Menchaca (op., lib. y § cit., n. 97, fol. cit.) discrepa de esta opinión tan sólo en el sentido de que para excluir el derecho al suplemento, además de ser desheredado por el testador, es preciso que por los herederos instituidos se pruebe la ingratitud que constituyó su causa.

(86) Se han invocado los arts. 851 y 857, en rel. con el art. 152, n. 4, y al art. 815 C. c. Pero ninguno de estos artículos ofrece una argumentación decisiva. El art. 815 no se refiere al desheredado. Y los derechos que a los hijos de éste confiere al art. 857 pueden referirse, naturalmente, en caso de admitirse la desheredación parcial, sólo a la parte de legítima de la que el desheredado resulte privado.

(87) Manuel Batlle Vázquez ("Invalidez de la desheredación parcial en nuestro Derecho", en Anales de la Universidad de Murcia 1951-52, 1.^{er} trim., pp. 63 y ss.) ha deducido que se mantiene la prohibición contenida en los referidos textos Dig. XXVIII-II, 19, y Partida 6.^a, tit. VII, ley 3, puesto que la Base 15 de la ley de 11 mayo 1888, que alude expresamente a la desheredación al nombrar las instituciones sucesorias, ordenó que en ellas "se mantendrá en su esencia la legislación vigente". "ordenando y metodizando lo existente". Pero olvida cuál fue la interpretación predominante de aquellos textos y no tiene en cuenta los precedentes doctrinales de ese silencio del Código, los cuales nos lo explican de otro modo, en especial dado que precisamente Florencio García Goyena fue el ponente que redactó el texto de los preceptos del Proyecto de 1851 que regularon la desheredación, según vamos a ver en seguida.

(88) Josef Marcos Gutiérrez, nota 1 al n. 128 de la P. I, cap. I, § V del "Febrero Reformado y Anotado o Librería de Escribanos" (cfr. 3.^a ed. Madrid 1805, t. I, p. 83).

la citada ley de Partidas, se fundaba en sutilezas tomadas del Derecho romano", y derogados por las leyes Recopiladas (89). Criterio compartido por García Goyena, que fue quien redactó en esta materia la propuesta de la Sección de lo Civil aprobada por la comisión de Codificación en la sesión de 17 de diciembre de 1943 y que pasó a integrar el Proyecto del Código civil de 1851 (90), de donde arranca el silencio acerca de esa vieja prohibición, que se mantuvo en el Anteproyecto 1882-88 y permanece en el Código civil.

En general, la doctrina posterior al Código civil se ha mostrado opuesta a esa posibilidad (91). Pero no han faltado quienes se han mostrado indecisos (92), o han atenuado la negativa en cuanto a la asignación de alimentos al desheredado (93), adoptando posiciones

(89) Cfr. Joaquín Escriche, "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", voz *Desheredación* (cfr. ed. Madrid 1847, t. I, p. 633); Florencio García Goyena, Joaquín Aguirre y Juan Manuel Montalbán, "Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos", vol. I, adición al n. 1.300 (cfr. 4.^a ed. Madrid 1852, p. 404); y José Gonzalo de las Casas, "Diccionario General del Notariado de España y Ultramar", n. 10.983, *Desheredación* (Madrid 1855, vol. IV, p. 77).

En contra de tal derogación, pero no por razones históricas, sino filosófico-jurídicas, se mostraron José de Vicente y Caravantes, en nota adicionada al *Febrero* en continuación de la de García Goyena, Aguirre y Montalbán (op. y loc. últ. cit.), y Benito Gutiérrez Fernández ("Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español", Lib. III, cap. IV, § IX; cfr. ed. Madrid 1863, vol. III, p. 388).

(90) Cfr. Florencio García Goyena, "Concordancias...", vol. II, Apéndice, n. 9 (ed. cit., p. 348).

(91) Manresa, op. y vol. cits., arts. 848 a 850, cfr. 6.^a, Madrid 1932, p. 561. En igual sentido, Scaevola (op. y vol. cits., art. 849 *in fine*, ed. cit., p. 1000); Sánchez Román (op., vol. y cap. cits., n. 23, pp. 1109 y ss.); Ramos Bascuñana (op. y vol. cits., cap. XXXV, n. 8, p. 237); Valverde Valverde (op. y loc. cits., p. 302); Castán Tobeñas (op. y vol. cits., Lec. XVIII, IV, 3, p. 373); Manuel Batlle Vázquez ("Invalidez de la desheredación parcial en nuestro Derecho", en Anales de la Universidad de Murcia 1951-52, 1.^{er} trim., pp. 63 y ss.); Vallterra (loc. cit., p. 853) —quien insiste en que la desheredación "es indivisible en sus efectos"—; Juan Manuel Pascual Quintana ("La desheredación en el Código civil español", en Rev. de Der. Español y Americano, año III, n. 12, marzo-abril 1958, p. 106); Diego Espín Cánovas ("Manual de Derecho Civil Español", Madrid 1957, vol. V, sec. III, cap. IV, III, p. 339); Bonet Ramón ("Compendio...", vol. V, CXXIX, n. 128, p. 694).

(92) Mario Navarro Amandi ("Cuestionario del Código civil". T. III Madrid 1890 art. 848 a 851, cuest. 2.^a, p. 348) vacila entre las razones de que o "ha habido perdón o no lo ha habido" y de que "quien puede lo más puede lo menos"; y De Diego (op. y loc. cits., p. 234) manifiesta igual duda.

(93) Sánchez Román (op., vol. y cap. cits., n. 23, p. 1110), dice que: "La aplicación de algunos bienes hereditarios a los alimentos del heredero forzoso desheredado, no puede significar la ilicitud de la desheredación parcial; la desheredación priva al heredero de la legítima, pero no puede desposeerle del derecho a los alimentos cuando proceda reclamarlos y obtenerlos; y aun el mismo legado voluntario de alimentos, que no otra cosa sería en el caso indicado, y que se funda en el derecho a la vida y no en el hereditario, cabe confundirlo con la desheredación parcial, ni hacer equivalente dicho derecho a la legítima con el de los alimentos". Cabe objetarle a Sánchez Román, que la obligación de dar alimentos cesa, según el art. 152, n. 4.^º C. c.: "Cuando el alimentista,

intermedias (94), o simplemente aceptando su posibilidad (95) con más o menos salvedades (96).

Para resolver la cuestión hay que partir de la modificación del concepto de desheredación operado en el Código civil (97).

Desheredar ya no es excluir del título de heredero por el cual, conforme al Derecho anterior debía atribuirse la legítima. Desheredar es simplemente privar de la legítima. Si en el Derecho castellano había desaparecido el principio *nemo pro parte testato pro parte intestato decedere potest*, eliminándose así la *ratio* de la prohibición romana y de las Partidas, ésta queda hoy aún más descartada por razón del cambio de concepto expresado. Las razones dogmática e histórica carecen ya de fundamento serio.

Sólo queda en pie la cuestión teleológica de si el padre u otro desheredante debe poder graduar la pena reduciéndola, o bien si no puede evitar la alternativa de desheredar implacablemente —dando paso a los efectos legales predeterminados en los arts. 813 § 1.^º y 152 n. 4— o perdonar reconciliándose con la radical consecuencia de excluir totalmente —conforme el 856 C. c.— las consecuencias de la desheredación. Pero:

Si las autoridades judiciales pueden tener en cuenta circunstancias atenuantes para reducir la pena, ¿por qué el padre ha de ser de peor condición?

Si el desheredante puede proveer de alimentos al desheredado, y —según vimos que opinó Sánchez Román (98)— podrá aplicar a

sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación."

(94) Demófilo De Buen, (*Notas y loc. cit.*, p. 347) ha admitido que si bien la desheredación sólo puede ser total en la legítima, cabe dejar al desheredado algo a título de libre disposición. J. Santamaría (*op. y vol. cit.*, arts. 848 a 857, n. 5, p. 832) dice que no cabe la desheredación parcial, pero sí la total mitigada por la atribución de un legado al desheredado.

(95) Isabal, *loc. cit.*, p. 802, y Mario Armero Delgado, *op. cit.*, p. 432, han admitido la posibilidad por no hallar inconveniente en que el testador por compasión deje algo al desheredado, y por estimar que, admitida la reconciliación, no se alcanza por qué no va a permitirse que se la gradúe y límite.

(96) Lacruz Berdejo (*Notas cit.*, § 36, p. 313) a quien han seguido Rovira Mola (*loc. cit.*, IV, B, b, pp. 263 y s.), Puig Peña (*loc. últ. cit.*, 3, B, pp. 426 y s.) y Puig Brutau (*loc. últ. cit.*, 3, d, p. 222), se ha inclinado por admitir la desheredación parcial, fundado en que "no se trata aquí de dividir la culpa, que perdura en toda su extensión, sino en atenuar la pena, lo que no parece imposible cuando queda al arbitrio del causante imponerla o no"; y ha razonado *ad minorcm* que: "En todo caso parece que pueden obtenerse los efectos de la desheredación parcial atribuyendo al legitimario desheredado algo de la herencia indirectamente: por ejemplo, mediante gravamen modal impuesto a un heredero. Tal atribución no arguye de modo necesario la reconciliación entre ofensor y ofendido, y tampoco supone arrebatar al desheredado sólo una parte de lo que por legítima le compete."

(97) Cfr. nuestro trabajo "El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles", I, 2 y 3, en *An. Der. Civ.* XX-I (enero-marzo 1966), pp. 8 y ss.

(98) *Loc. cit.* pág. 1.110 (véase *supra* nota 93).

dicho fin algunos bienes hereditarios: ¿dónde pondremos los límites en la cuantía de los alimentos y en el modo —directo o indirecto— de atribuirlos? Creemos que sólo el desheredante puede y debe precisarlos.

Sin duda que, para efectuar esa asignación, unas fórmulas parecen más adecuadas que otras. Parece correcta la fórmula modal —propuesta por Lacruz— o el legado —invocado por Santamaría—; y parece incorrecto expresar que se deshereda en parte o bien que se instituye en menos de la legítima a quien previamente se ha desheredado. Pero, como hemos dicho en otra ocasión, no creemos que pueda hacerse depender la validez de una disposición de la forma en que es expresada prescindiendo de cuál es su esencia: “Si una pieza de un mineral determinado está recubierta de polvo o de lodo, podrá desagradarnos, pero no por ello podremos pretender que no es del metal que realmente es.”

En caso de asignar el desheredante algún bien al desheredado tenemos inconveniente en que éste se impute al tercio de legítima. No creemos que lo obstaculice el artículo 857, ya que éste sólo puede entenderse racionalmente en el sentido de que los hijos del desheredado han de ocupar su lugar, pero únicamente en cuanto aquello de que efectivamente sea privado su padre por la desheredación. Y, por tanto, de la correspondiente legítima deberá deducirse cuanto el desheredado haya recibido o reciba del desheredante, si éste no hubiese ordenado otra cosa o se dedujera que otra fue su voluntad, y en tanto sea —conforme las reglas normales de la imputación— de cuenta de la legítima.

5) ¿Puede desheredarse condicionalmente? (99).

10. La repetida ley 3, tít. VII de la 6.^a Partida, comienza su último apartado diciendo que “*E qualquier a quien desheredasen, deuen ser desheredado sin ninguna condición...*” (100).

La explicación que se dio a este texto fue: que, en el *ius vetus*, así como no podía instituirse condicionalmente al hijo sin correr el riesgo de que resultare preterido en caso de darse el supuesto contrario, tampoco podía desheredársele condicionalmente sin igual riesgo.

De ahí que se tendiera a admitir por los autores que sólo cabía instituir condicionalmente si se desheredaba para el caso contrario (101).

(99) Cfr. nuestro cit. trabajo “¿Puede desheredarse...?”, II, en Rev. Der. Not. cit., pp. 188 y ss.

(100) Gregorio López (gl. penúltima a la ley 3, tít. VII, P. 6.^a, ed. cit., nota 18 del tít. VII, pág. 538) glosó: “concuerda con Azón, en la Suma, Cod. de lib. praet., col. 2, vers. *exhereditatio autem debet fieri pure*, no importa que la condición sea tácita. 1. 68, D. *de hered. instit.*”

(101) Cfr. Accursio, “Infortiatum seu Pandectarum Iuris Civilis”, Lib. XXVIII-II, ley 3, § *Pure* (cfr. ed. Lugduni 1569, col. 382); Bartolo (“In primam Infortiati partem”, XXVIII, lex 3, § *Pure* (cfr. ed. cit., fol. 89); Windscheid (op. cit., § 589, ed. y vol. cts., p. 279). La opinión clásica se basaba especialmente en la ley 4 Cód. VI-XXV.

Sin embargo, se observó que en Derecho nuevo la condición puesta a la institución se tenía por no puesta en cuanto a la legítima, conforme a la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. III-XXVIII, 32): de lo cual se dedujo bien sea que “si in defectum praedictae condicione filium exheredit non adiecta legitima causa, non valet exhereditatio”, o, contrariamente, que “non possit sub condicione exhereditari, sed pure sit exhereditandus” (102).

Aparte de estas razones, puramente positivistas y formalistas, la indicada prohibición no se estimó propiamente racional, pues se alegó que lo que puede hacerse puramente, con más razón podrá hacerse condicionalmente, y que es menor injuria para el hijo desheredarle condicionalmente que puramente (103).

Lo cierto es que también de esta prohibición de la ley 3, tít. VII, 6.^a Partida, se dijo “que se funda en vanas sutilezas tomadas del Derecho romano” (104). Criterio asumido por García Goyena (105), ponente en esta materia del Proyecto de 1851, de cuyo silencio sea tal vez esta la clave. Silencio continuado en el Anteproyecto 1882-88 y por el Código civil.

Es cierto que la cuestión continuó discutiéndose por la doctrina en el período codificador (106) y que sigue la polémica polarizada entre aquellos que niegan totalmente su posibilidad (107), quien la admite siempre (108), los que distinguen entre el condicionamiento de la desheredación, que rechazan, y del perdón, que aceptan (109); los que no se deciden entre estas dos últimas posiciones (110) y quienes hacen equivalente el condicionamiento del perdón y el de la deshere-

(102) Cfr. Diego Spino, “Speculum Testamentorum”, gl. XX *principalis*, n. 31 (ed. Francofurti ad Moenum MDC, p. 840).

(103) Cfr. Spino, (Spc. cit., n. 27, p. 839): “Quae setentia eam potest difficultatem habere; nam omnis actus, qui potest fieri pure, potest fieri sub condicione... Fecit praeterea, quia exhereditatio censetur iniuria filii..., sed minus laeditur filius ex conditionali exhereditatione, quam ex pure... ergo videbatur posse filium sub condicione exhereditari”. Véase también el mismo Spino en el sig. n. 32 (p. 840).

(104) Josef Marcos Gutiérrez, “Febrero Reformado”, vol. y § cits., n. 128, nota 1, pág. 83.

(105) F. García Goyena, J. Aguirre y J. M. Montalbán, op. y vol. cits., adición al n. 1.300, p. 404.

(106) En contra cfr. de Vicente y Caravantes (4.^a ed. del Febrero, últ. cit., n. 1.300 cit.) y Benito Gutiérrez Fernández (loc. últ. cit.).

(107) Sánchez Román (loc. últ. cit., pp. 1.108 y ss.); en igual sentido López R. Gómez (loc. últ. cit., n. 5, pp. 667 y ss.), Ramos (loc. últ. cit., n. 7, p. 237), Pascual Quintana (loc. cit., pp. 106 y s.). También Valverde Valverde (loc. últ. cit., p. 302).

(108) Mario Armero Delgado (loc. cit., p. 432), observa que el Código civil no la prohíbe y que no halla principios que impidan la desheredación condicional.

(109) Cfr. Manresa, loc. últ. cit., 565; Scaevola, loc. últ. cit., 998; De Buen, Notas loc. cit., p. 347; Vallterra, loc. cit., pp. 853 y ss.; Lacruz Berdejo, Notas y loc. cit., p. 314; Rovira Mola, loc. cit., IV, B, c, p. 264; Santamaría, loc. últ. cit., n. 5, p. 832; Puig Brutau, loc. últ. cit., IV, c, p. 221.

(110) Cfr. Castán Tobeñas, loc. últ. cit., IV, 4, p. 373 y Bonet Ramón, loc. últ. cit., n. 128, pp. 694 y s.

dación que tuviere justa causa, si la condición se refiere a la realización de actos posteriores que impliquen arrepentimiento o enmienda (111).

A juicio nuestro, para resolver la cuestión es preciso distinguir:

1.)^{o)} Desheredación condicionada a que *en lo futuro incida un legitimario en causa de desheredación*.

Su posibilidad (112) es rechazada por nuestra doctrina (113), en base a que el artículo 849 C. c. exige que la desheredación exprese "la causa legal en que se funda", lo que requiere que la causa se haya producido ya para poder fundamentarla. La gravedad de la decisión reclama un hecho real ocurrido, no una previsión imaginada aunque resulte profética.

2.)^{o)} *Desheredación efectuada por el testador sin tener la certeza del hecho y condicionada a que éste resulte probado.*

No vemos inconvenientes a su validez (114). La condición se refiere a una circunstancia de prueba la cual es primariamente un requisito legal para la eficacia de la desheredación en caso de ser contradicha su existencia (art. 850 C. c.). Por eso no creemos que la elevación de esa *condicio iuris* a condición expresa —ni aun ampliando su supuesto al caso de no haber sido contradicha la certeza— pueda invalidar la desheredación.

Por otra parte, la certeza de la causa se exige en el artículo 850 como requisito con carácter objetivo referido al hecho causante y no como un requisito subjetivo del testador. Esta certeza subjetiva resularía, por otra parte, variable según el temperamento de éste y, además, muy difícil de calibrar.

3.)^{o)} *Desheredación ordenada para el supuesto de que se produzca la sentencia que fundamentalmente como causa la desheredación.*

En esos casos, creemos que para ordenar la desheredación ha de bastar la existencia del hecho que pueda servir de fundamento a la

(111) Cfr. Navarro Amandi (vol. y arts. últ. cit., *Cuestión 1.a*, pp. 347 y s.), Isabel (loc. últ. cit., p. 802), Puig Peña (loc. últ. cit., c, p. 430).

(112) Notemos que Windscheid (op. cit., § 589, nota 5, ed. y vol. cit., p. 279) entendió que era admisible en Derecho romano la desheredación bajo condición de verificarse en lo futuro una causa de exclusión legal ocurrida antes de la muerte del testador.

(113) Cfr. los autores citados en las notas 107 y 109, especialmente Márquesa ("la ley supone un hecho o una causa ya existente y conocida por el testador y no cabe que la pena de la desheredación nazca después por un acto aún no realizado"), Valverde y Puig Brutau. También Puig Peña, que resume: "La doctrina ha justificado este criterio sosteniendo que si la desheredación es privar de la legítima por una causa justa es necesario que esta *se haya producido con anterioridad a la formulación del castigo*, y, además, *que sea perfectamente conocida por el testador*". Por esta razón nunca podrá admitirse una causa que nazca por vía condicional, después de formulada la desheredación en el testamento. Como sostiene, en general, la doctrina, las ideas de incertidumbre, condicionalidad o contingencia son contrarias a la sanción que este instituto representa."

(114) En contra cfr. Sánchez Román, loc. últ. cit., p. 1.108 y Puig Peña (dext. últ. cit.).

sentencia, sin perjuicio de la necesidad de ésta para su efectividad. Esta sentencia actúa como condición, del mismo modo que actúa como *condicione iuris* en los casos en que la ley la exija como causa de la desheredación (115).

4.) *Desheredación fundada en un hecho ocurrido con anterioridad al testamento, pero condicionándola a la posterior conducta o a un hecho ulterior del desheredado.*

Debemos subdistinguir :

I) Parece evidente que si se trata de un hecho o una conducta referidos a antes de la muerte del testador y si tienen relación con la causa de la desheredación, significando arrepentimiento, rectificación de conducta o penitencia, debe admitirse la posibilidad de tal condicionamiento, equivalente a una remisión o perdón condicionado (116).

II) Igual solución creemos aplicable a los casos en que la condición puesta a la eficacia de la desheredación y referida a la conducta del desheredado, pueda cumplirse después de la muerte del *cuius* (117), pues el problema no difiere conceptualmente del que suscita la institución o el legado condicionados *post mortem* del *de cuius*. Habrá así una verdadera y justa desheredación y superpuesta a ella una institución, un legado o una atribución modal a favor del desheredado, en lugar de su legítima e imputable a ella, condicionados a que éste rectifique, en algún modo, su conducta (118).

(115) Royo Martínez ("Derecho sucesorio «mortis causa»".—Sevilla 1951-XXI, § 4, pp. 251), parece admitir que en el supuesto de haberse otorgado el testamento que contenga la desheredación después de perseguido o denunciado ante la jurisdicción competente para exigir el pronunciamiento, que la ley exige como presupuesto necesario para que la facultad de desheredar competa al causante, será admisible que los herederos prosigan el juicio de cuyo resultado dependerá la eficacia de la desheredación. Y Puig Peña (loc. últ. cit., nota 17, pág. 429) cree que en este caso "por imperio de la lógica, por aplicación del principio de retroactividad atribuible a las sentencias", "parece procedente entender que la sentencia funcionará como *condición suspensiva* respecto de la desheredación", y acepta la solución con certeza tratándose de un procedimiento civil, pero con algunas dudas si el procedimiento es penal.

(116) Cfr. los autores citados en las notas 109 y 111; en especial cfr. Manresa (p. 565) que dice: "Esto sería un perdón condicional, que no vemos inconveniente en admitir, siempre que no se funde en una condición caprichosa y sin relación con las causas en que el testador fundó el castigo". Armero Delgado (p. 438) la admite principalmente si va referida a hechos posteriores que indiquen que el desheredado se ha regenerado y reformado su conducta (en igual sentido Puig Peña —p. 430— y Puig Brutau loc. últ. cit.).

(117) Entre los romanistas Arndts, Wanguerow y Schmidt han admitido sin restricciones la desheredación condicional, aduciendo que quien podría ser desheredado incondicionalmente no puede quejarse de lo menos, es decir, de una desheredación condicional. En cambio Francke y Windscheid limitan esa posibilidad al supuesto de que el hecho condicionante sea anterior a la muerte del testador (cfr. Windscheid, loc. y pág. últ. cit. nota 4).

(118) Puede plantearse si durante la pendencia de la condición, después de la muerte del causante, se suspende la desheredación, o bien si ésta se resuelve al cumplirse la condición. Nos inclinamos a estimar que la desheredación es definitiva, pero que se halla en pendencia un llamamiento en lugar de la legi-

III) En caso de que la condición puesta por el testador se refiera a un hecho ajeno a la conducta y a los signos de arrepentimiento o penitencia del desheredado, tanto si la condición es en sí lícita o ilícita, creemos que la desheredación ha de estimarse por no hecha, ya que esas condiciones son contrarias a la esencia de un acto tan grave como la desheredación, a la que, por la falta de seriedad que significan, la desvirtúan e invalidan.

Pero no creemos, en cambio, que la ineeficacia de esas desheredaciones pueda significar remisión del hecho invocado, a efectos del artículo 757, si este hecho constituye causa de indignidad. Solamente ha de tenerse por no hecha la desheredación; el indigno no ha de estimarse desheredado ni instituido; ni castigado ni perdonado.

c) *Causas legales de desheredación.*

11. El artículo 848 C. c. dice que: “*La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley.*”

Los artículos 834 del Anteproyecto 1882-1888 (119) y 666 del Proyecto de 1851 (120) eran de expresión más rotunda, pues concluían “y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad”. Sin embargo, parece que a su supresión sólo puede dársele el significado de corregir su evidente redundancia. García Goyena (121) la reconoce, al glossar el artículo 666 del Proyecto de 1851: “El final del artículo parecerá, y tal vez lo sea, redundante: su objeto es fijar y remachar más la aclaración de la duda, que en mi concepto no debió haberla, atendido el Derecho romano y el nuestro”. A su juicio: “Así queda cortada la reñidísima cuestión que, casi con igualdad de razones, han sostenido en pro y en contra los romanistas y nacionales: todos los Códigos modernos que admiten la desheredación, la deciden en el mismo sentido: una cuestión resuelta, una duda aclarada, es una mejora” (122).

tima, e imputable a ella, bajo la condición suspensiva de darse el hecho expresado como condicionante.

(119) Art. 838 Anteproyecto 1882-1888: “*La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas señaladas por la ley, y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad.*”

(120) Art. 666 Proyecto 1851: “*El heredero forzoso puede ser únicamente desheredado por alguna de las causas expresamente señaladas por la ley, y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad.*”

(121) Florencio García Goyena, op. y vol. cit., art. 666, p. 109.

(122) El mismo García Goyena señala (p. 110) los antecedentes históricos: “*Ut nullo licet ex alia lege ingratitudinis causas nisi quae in huius constitutionis serie continentur;* Novella 115, capítulo 3.

“Igual es el espíritu y aún la letra de las leyes 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, y 2, título 9, libro 3 del Real.

“Ciertas razones son porque los padres pueden desheredar a sus hijos, ley 4, título 7, Partida 6.^a: se enumeran en ella y en las siguientes las mismas 14 de la Novela 115, y en la ley 8 añade: “Si por alguna otra razón cualquier que no fuese de las sobredichas desheredare el padre a su hijo, non valdría tal desheredamiento.”

Manresa (123) hizo notar que el adverbio *sólo* deja en claro el sentido del artículo 848, de modo que: "No cabe, por consiguiente, fundarse en otras causas, aunque sean de mayor gravedad, ni en motivos análogos."

Se trata, pues, de una enumeración taxativa, de un *numerus clausus* de causas de desheredación, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva, ni siquiera de argumentación *de minoris ad maiorem*; único modo de evitar la incertidumbre y el peligro de arbitrariedad (124).

El Código civil determina las justas causas de desheredación en los artículos 852, 853, 854 y 855, que enumeran, respectivamente: las causas de indignidad que también pueden serlo de desheredación, las justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, para desheredar a los padres y ascendientes y para desheredar al cónyuge.

Causas de indignidad que pueden serlo también de desheredación.

12. El artículo 852 dice que: "*Son justas causas para la desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1.^o, 2.^o, 3.^o, 5.^o y 6.^o.*"

Los artículos 671 del Proyecto de 1851, 838 del Anteproyecto 1882-1888 y el mismo 852, en su primera edición, decían, con mayor

Gregorio López (gl. a las palabras "*puedan desheredar*" de la ley 4 tít. VII, 6.^a Partida (gl. 21 tít. VII, ed. y vol. cits., p. 538), preguntó: "¿Podrá el hijo ser desheredado por alguna causa igualmente grave o mayor que las que la ley expresa?"; y contestó que Jason había afirmado que la opinión general estaba por afirmativa y que Alejandro sostuvo lo contrario. Y al glosar el inciso final de la ley 8 del mismo título, palabras "*Mas si por alguna otra razón cualquier*" (gl. 70, tít. VII, pp. 546 y s.), observó: "Nótese que esta cláusula que parece reprobar la opinión general de que hice mérito en la glos. 21 de este tít., a saber que el hijo puede ser desheredado por otras causas mayores o igualmente graves que las enumeradas por la Ley. La novell. 115 cap. 3 no admitía semejante ampliación... pero nuestra ley 1 de Part. es más terminante al usar de la palabra *cualquier*, la que atendida la naturaleza de su significación, lo abraza todo sin exceptuar cosa alguna... Entendida la ley en este sentido no puede tacharse de inhumana; además lo odioso de la desheredación exige que la interpretación sea restrictiva...".

(123) Manresa, op. y vol. cits., arts. 848 a 850, n. 1, p. 562.

(124) Cfr. Scaevela, op. cit., arts. 848 y 849, III, 1.^o, pp. 992 y s.; Falcón, op. vol. y cap. cits., § IX, n. 4, p. 280; Sánchez Román, loc. últ. cit., n. 23, p. 1.106, Oyuelos, op. y vol. cit., art. 848, § 1, p. 65; Valverde Valverde, op. vol. y cap. cit., § II, p. 301; Santamaría, op. vol. y art. cits., n. 2, p. 831; Bonet Ramón, loc. últ. cit., n. 128, p. 692.

Sánchez Román observa que es necesario que la desheredación se funde en causa que sea *legal*, "de las taxativamente enumeradas por la ley", "y no *en otra alguna*, siquiera sea racional, justa, análoga y aún más grave, que las señaladas por la ley: sin que sea posible en este punto que pueda remitirse a ningún género de apreciación de los Tribunales, ni materia lícita de contienda litigiosa la racionalidad justicia, analogía o mayor gravedad de la causa, comparada con las de la ley".

generalidad, que: "Todas las causas de indignidad para suceder lo serán también, respectivamente, de desheredación."

La explicación de la eliminación de las causas 4.^a y 7.^a del artículo 857 se encuentra en una mera cuestión de hecho. El testador no puede nunca conocerlas, y, por tanto, mal podría fundarse en ellas para desheredar. En efecto, la causa 4.^a se refiere a la no denuncia de la muerte violenta del testador, y la 7.^a, a la alteración, suplantación u ocultación de su testamento —acto que debe ser también posterior a su fallecimiento— o al hecho de haberle impedido otorgar testamento o revocar el que tuviese otorgado, efecto que tampoco se puede consumar hasta que el *de cuius* haya fallecido.

Manresa (125), que así lo explicó, añade que: "Algo análogo cabría decir de la causa sexta, que no fue excluida. Si el testador muere con el testamento que le obligó a otorgar la amenaza, el fraude o la violencia, no cabe desheredar, y si pudo hacer otro, no produjo efecto el acto indigno del heredero. Ahora bien: si se afirma que la indignidad está en el hecho de haber tratado de obligar al testador a que no haga testamento, o a hacerlo, o a alterarlo, o revocarlo, y no en que se produzca el resultado apetecido, se ve la posibilidad, lo mismo en la causa sexta que en la séptima, de que el causante se funde en ella para desheredar." Efectivamente, la ley 4.^a del tit. VII de la 6.^a Partida, al referir las razones por las que puede el padre o el abuelo desheredar a sus descendientes, indica: "*E aun puede el padre desheredar al fijo, si le embargare que non faga testamento. Ca, si el padre fiziere después otro testamento, puelodo desheredar en él por esta razón.*" Y, semejantemente, lo vemos respecto la desheredación del padre por el hijo en la ley 11 del mismo título (126). Disposiciones que procedían de la Novela CXV de Justiniano, cap. III, § 9, y cap. IV, § 4.^o Lo que confirma la justezza de la crítica expuesta.

Antes (127) hemos visto cuál es el interés de asimilar a causas de desheredación causas de indignidad y qué ventajas supone que el testador las invoque para desheredar al legitimario que hubiese incurrido en alguna de ellas.

13. Dispone el artículo 756, en su inciso inicial y en los números 1, 2, 3, 5 y 6:

Art. 756: "Son incapaces de suceder por causas de indignidad:

1.^o Los padres que abandonaren a sus hijos y protituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor.

2.^o El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

(125) Cfr. Manresa, op. cit., vol. cit., art. 852, p. 571.

(125) Dice la ley 11, tit. VII, 6.^a Part. entre las razones por las que los hijos pueden desheredar a sus padres: "*E la cuarta razon es, quando el fijo quiere fazer testamento, de los bienes de que ha poder de lo fazer con derecho, e el padre lo estorua por fuerza, de guisa que lo non puede fazer.*"

(127) Cfr. *supra*, n. 4.

3.^o *El que hubiere acusado al testador de delito al que la ley señala pena afflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.*

..... 5.^o *El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.*

..... 6.^o *El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiárolo.*

..... " La causa 1.^a del vigente artículo 756 no aparece en sus antecedentes, artículos 617 del Proyecto 1851 y 754 del Anteproyecto 1882-8. Manresa (128) explicó que se funda en los deberes que la naturaleza y aun las leyes imponen a la paternidad, y tiene algunos escasos precedentes en varias leyes de nuestro antiguo derecho, en las cuales se halla diseminada la doctrina que ha sancionado el Código, no existiendo hasta él ningún texto legal que concretamente comprendiese todos los motivos de dicha incapacidad (129).

Se había planteado si la referencia al *abandono* debía interpretarse restringiendo su aplicación únicamente respecto a los hijos "expósitos" (130). Pero el Tribunal Supremo, en S. 3 diciembre 1946 (131), rechazó la alegación que pretendía inducir ese criterio de la comparación de la causa 2.^a del artículo 854 con la 1.^a del 756 (132); y la desecharon, precisamente considerando dicha comparación: "pues esta causa de desheredación tiene por fundamento el desamparo de los

(128) Manresa, op. y vol. cits., arts. 756 y 757, ed. cit., p. 53.

(129) Entre las leyes de nuestro Derecho histórico en las que se hallaba determinada esa doctrina, cita Manresa como precedentes:

La ley 5, tít. VII, 6.^a Partida, que admitía la desheredación por causa de honestidad y por el abandono de locos y desmemoriados.

Las leyes 1, tít. XXII, Lib. IV del Fuero Real y 4, tít. XX, Partida 4.^a, y 5.^a, tít. XXXVII de la Novísima Recopilación, que establecían para la sucesión intestada la incapacidad para suceder por indignidad de los padres que expusieran o permitieran la exposición de sus hijos legítimos.

Y la ley 12, tít. XVI, 6.^a Partida, que declaraba indignos para suceder abintestato a la madre y demás parientes del menor de catorce años que no preveran a éste de tutor.

(130) Cir. el planteamiento de esta duda en Scaevola (op. cit., vol. XIII, art. 756, III C, n. 1, pp. 387 y ss.) y en Sánchez Román (op. cit., VI-I, cap. V, art. II, § 3.^a, n. 69, *Primero*, pp. 274 y ss.; que rechaza terminantemente esa limitación.

(131) Su primer considerando explica el supuesto: "la madre abandonó, el año 1904, el domicilio conyugal, en el que quedaron el padre y varios hijos comunes, de los cuales tres menores, —como era el que la desheredó, a la sazón de 11 años—, marchando a Barcelona en compañía de su amante, con el que vivió hasta su muerte, desentendiéndose del cuidado, asistencia y educación de ellos, que tuvieron que ser recogidos por familias caritativas, particularmente el llamado Juan, que la desheredó, que lo fue por una vecina, sin que su madre volviese a tener con él relación alguna".

(132) La posición de la recurrente la resume el 2.^a considerando, como deducida "de la comparación de esa causa de desheredación con la segunda del art. 854, razonando que, si la negativa de alimentos a los hijos o descendientes sin motivo legítimo, se configura en la ley como distinta de la del 756, que es el abandono, a ésta sólo puede convenirle la aceptación estricta de la "exposición del hijo".

hijos no emancipados que necesiten la asistencia de sus padres, debida moralmente por los dos, y legalmente, en el conjunto de deberes impuestos por el artículo 155 del Código civil, por el padre, en primer lugar, y, en su defecto, es decir, cuando por cualquier causa falta la del padre, por la madre, sustitución inmediata que implícitamente impone a la madre el deber de permanecer en relación constante con los hijos no emancipados, para suplir, en cualquier momento, la falta del padre en el cumplimiento de esos deberes, cuyo abandono produce la causa de desheredación de que se trata, y, en cambio, la del número segundo del artículo 854 se funda en la infracción del deber de prestar alimentos impuesto entre parientes, y regulado en el Título sexto del Código civil como obligación legal entre ascendientes y descendientes legítimos, según el número segundo del artículo 143, y que alcanza, como derecho, a los hijos, aun emancipados, que los necesiten y, como obligación, a los padres, aunque no tengan la patria potestad.”

Y, en su último considerando, señaló que la interpretación contraria “conduciría a la conclusión de que la negativa de alimentos a un hijo mayor de edad que accidentalmente lo necesite, constituiría causa legal de desheredación, y el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paternofilial, desde la infancia del hijo, desentendiéndose no sólo de la obligación de alimentarle, sino también de las de acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas, si no había sido “expósito”, no sería causa de desheredación de los padres, absurdo legal que impone rechazar la interpretación que a él conduce.”

Esta doctrina fue reiterada en S. 28 febrero 1947 (133).

En cambio no consideró como abandono por la madre el hecho de llevar ésta un hijo natural a una casa de maternidad de la que después le recogió para atenderle, según S. 8 mayo 1893.

La segunda parte de esa primera causa literalmente se refiere sólo a las hijas como sujeto pasivo. Pero se ha sostenido (134), razonablemente, que de un modo general comprende todos los hechos que puedan dar lugar a la corrupción de menores de ambos sexos, porque no sería congruente no tomar en cuenta y dejar impune la corrupción del hijo a la que haya contribuido el abandono del padre o actos más positivos y directos del mismo, como órdenes y ejemplos corruptores, tolerancias indiscretas, direcciones viciosas.

(133) El 2.^º Considerando de la S. 28 febrero 1947, acepta como constitutivo de indignidad por abandono un caso en que el padre “abandonó a su mujer e hijo, casi desde el nacimiento de éste”, y declaró que “el hecho de la separación no le exculpaba del deber de atender al hijo, moralmente y en la medida de sus posibilidades económicas”, y que “cuando los hijos son puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente por consecuencia de la separación, tal circunstancia no exime al culpable de cumplir las obligaciones que natural y legalmente le incumbe respecto de aquéllos”.

(134) Cfr. Sánchez Román, op. cit., VI-I, cap. V, n. 69, p. 275; Scaevela, op. cit., vol. XIII, art. 756, III, C, 1.^º, pág. 389.

14. *La causa 2.^a*, con algunas variaciones, corresponde a la 1.^a de los artículos 754 Anteproyecto 1882-8 (135) y 617 Proyecto 1851 (136).

García Goyena (137) señaló sus antecedentes, las aclaraciones de éstos y sus innovaciones:

"La ley 3, título 9, libro 34 del Digesto, dice: *Qui testatorem occidet, aut id egit, ut per negligentiam moreretur.* La 7, título 20, libro 48: *Qui eum occiderunt, vel occidere curarunt.*

"Concuerda la ley 7, título 13, Partida 6.^a: "Si el testador fuese muerto por obra o por consejo o culpa del heredero", y la 4, título 9, libro 3 del Fuenro Real: "Si lo matare (al testador) o fuere en su muerte" (138).

"Se ha añadido lo del cónyuge o descendientes porque la ofensa parece casi igual, y de este modo se resuelve una cuestión dudosa entre los intérpretes, como la resolvió el artículo 540 austriaco.

"El espíritu del artículo no es comprender la muerte enteramente excusada, en cuyo caso no habrá condena, pero ni aun la simplemente culpable; todos los Códigos modernos suponen, a mi entender, esto mismo, aunque no lo expresan.

"Las leyes Romanas y Patrias, que dejo citadas, parecen comprender también el caso de culpa; pero yo encuentro en esto excesiva dureza y ocasión de muchos y muy dudosos pleitos."

En el artículo 754 del Anteproyecto 1882-8 se añadió: "y ascendientes", palabras que recoge el artículo 756 del Código, que así comprende —como el Anteproyecto— el atentado "*contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes*".

Se ha precisado por la doctrina (139) que "la expresión de la ley y los antecedentes históricos del precepto exigen una culpabilidad *dolosa*, en la cual cabrá comprender no sólo el dolo directo, sino, en ciertos casos, el indirecto, y aun la culpa con previsión; en cambio, quedará excluido el homicidio culposo. Respecto al llamado delito preterintencional, la solución puede variar según el designio funda-

(135) Art. 754, n. 1.^º del Antepr. 1882-8: "El condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, su cónyuge o descendientes y ascendientes".

(136) Art. 617, n. 1, Proy. 1.851: "El condenado en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya herencia se trata, contra su cónyuge o contra sus descendientes."

(137) García Goyena, op. y vol. cits., art. 617, n. 1, pp. 65 y s.

(138) Además la ley 4, tít. VII, Partida 6.^a señala como causa de desheredación del hijo "Si trabajasse de muerte de su padre con armas, o yeruas, que corresponde al § 5, cap. III, Novela CXV, "vel vitae parentum suorum per venenum, vel alio modo insidiari tentaverit", y la ley 11, tít. VII, Partida 6.^a, señaló como causa de desheredación de los padres por el hijo "si el padre se trabaja de muerte de su hijo; queriéndolo matar con yeruas, o con fierro, o con algund maleficio o de otra manera qualquier que fuese", que dedujo del § 1.^º del cap. IV, Novela CXV.

(139) Puig Peña, op. cit., V-I, cap. III, I, A, 2.^a a, p. 49. Siguen este criterio Puig Brutau, op. cit., V-I, cap. II, 3, e, pág. 141 y Bonet Ramón, "Compendio...", vol. cit., § CXII, n. 25, p. 119.

mental del culpable” (140). Comprende “lo mismo la tentativa que el delito frustrado, que el consumado, y alcanza los grados de autor, de cómplice y de inductor, pero no, al parecer, el de encubridor, por su posterioridad a la comisión del delito (141). Naturalmente, de existir causas *eximentes* de imputabilidad no podrá haber condena ni, por tanto, indignidad, pero sí en caso de que sólo se trate de *atenuantes*” (142).

La cuestión más delicada de precisar, que contiene este número, es su referencia al *que fuere condenado en juicio*. Se trata de aclarar si cabe la desheredación en los supuestos en que no se haya pronunciado aún la condena al ordenarse la desheredación, o ni siquiera al fallecer el testador; y, especialmente, cuando haya prescrito el delito, suspendido el procedimiento por rebeldía del procesado o archivado por fallecimiento del inculpado.

Parece claro que aun cuando el juicio se halle en trámite al disponerse la desheredación, ésta surtirá efecto si llega a pronunciarse la sentencia condenatoria; y si al fallecer el testador el juicio se halla todavía en trámite, se producirá efecto suspensivo, en pendencia de que el juicio criminal concluya (143).

No obstante que después de la condena haya habido indulto, amnistía o la pena haya prescrito (144).

En caso de que la condena no llegue a producirse por muerte del inculpado, rebeldía del mismo o prescripción del delito, creemos que excepcionalmente la jurisdicción civil podrá pronunciar la condena de indignidad aunque el proceso penal hubiere de sobreseerse por esas causas (145).

Naturalmente, la sentencia favorable en juicio de *revisión* que absuelva al anteriormente condenado dejará sin causa la desheredación (146).

(140) No se incluye la mera *imprudencia temeraria*, en la que falta la voluntad directa de hacer tal mal ni otro menor. Cfr. Scaevara, (*op. cit.*, vol. XIII, art. 756, III, C, 2.^o p. 392) y Sánchez Román (“Estudios...” VI-I, cap. V, n. 69, pp. 277).

(141) Sánchez Román (*loc. cit.*, p. 276 y s.), Puig Peña, Puig Brutau y Bonet Ramón (*locs. últ. cit.*).

(142) Cfr. Scaevara (*loc. últ. cit.*) y Puig Peña (*loc. últ. cit.*, nota 2 de la página 49).

(143) Cfr. Sánchez Román, “Estudios...”, n. 69 últ. cit., p. 276, quien afirma que se produce “un efecto suspensivo en la delación de la herencia o el legado hasta tanto que el juicio criminal se resuelva”.

(144) Cfr. Scaevara, pp. 593 y s., Sánchez Román, p. 276; Puig Peña, p. 50; Félix Hernández Gil, *loc. cit.*, IV, b, 2, p. 482.

(145) Para el caso de fallecimiento del acusado antes de ser condenado, opinan así Lacruz Berdejo (*Notas al Binder*, § 39, p. 347); Puig Brutau (*loc. últ. cit.*, pág. 140); y Bonet Ramón (*loc. últ. cit.*, p. 119). En contra para los supuestos de declaración de rebeldía y prescripción del delito, cfr. Scaevara (*loc. últ. cit.*, p. 393) y Sánchez Román (*loc. últ. cit.*, p. 276), y también en contra para el supuesto de muerte del acusado antes de la condena cfr. Félix Hernández Gil (*loc. últ. cit.*).

(146) Cfr. Scaevara (p. 394), Sánchez Román (p. 276).

15. *La causa 3.^a* corresponde, con ligerísimas variantes, al número 2 del artículo 754 del Anteproyecto de 1882-88 (147), y con diferencias importantes al número 3 del artículo 617 del Proyecto de 1851 (148). La modificación operada respecto ésta en el Anteproyecto de 1882-88 fue debida a influjo del número 2 del artículo 725 del *Codice italiano* de 1865 (149).

Las diferencias con respecto al proyecto radican en la referencia de éste al delito castigado *con la pena de cadena perpetua o la de muerte* (150), sustituidos por la de delito castigado con *pena afflictiva* y muy sustancialmente porque mientras en aquél bastaba la acusación (151), se requiere además en el Código conforme al Anteproyecto que la acusación *sea declarada calumniosa* (152).

(147) Art. 754 n. 2.^º del Anteproyecto 1882-88: “El que hubiere acusado al testador de delito castigado con pena afflictiva cuando la acusación sea declarada calumniosa.”

(148) Art. 617, n. 3.^º del Proyecto de 1851: “El que voluntariamente acusó o denunció al difunto de su delito, que por la ley sea castigado con la pena de cadena perpetua o la de muerte.”

(149) Cfr. en la ed. del Anteproyecto cuidada por Manuel Peña Bernaldo de Quirós (pág. 231) la referencia de los autores del Anteproyecto, al fin del art. 754, que dice: “(617 Proy. [1851] modif. con arreglo al 725 Cód. ital. y 1.762 Cód. port.)”. Este último artículo 1.782 y no 1.762, como observa Peña en nota, no se refiere al número que ahora comentamos. El n. 2.^º art. 725 Cód. Ital. 1.865 decía: “2.^º El que le hubiese acusado de delito castigado con pena grave (*pena criminalis*), cuando la acusación sea declarada en juicio calumniosa.”

(150) La ley 2 del Tít. IX, Lib. III del Fuero Real señaló como causa de desheredación del hijo por el padre “si le acusase por cosa que debe perder cuerpo, o miembro, o ser echado de la tierra, si no fuere de cosa la acusanza, que sea ante Rey, o contra su Señorío”. La ley 4, tít. VII de la 6.^a Partida expresó esta causa de desheredación del hijo: “si lo acusase sobre tal cosa, de que el padre deue morir, o ser desterrado si gelo prouassen; o enfamándolo en tal manera, por que se valiese menos”; y la ley 11 del mismo título, indicó como causa de desheredación del padre: “si el padre trabaja de la muerte de su fijo, acusándolo que había hecho tal yerro, porque deue morir, o perder algund miembro; fueras ende, si la acusación fuesse fecha sobre cosa que tocasse a la persona del Rey”.

Gregorio López en sus glosas a las palabras “*O ser desterrado*” y “*o enfamándolo*” de esta ley 4 (gl. 25 y 26 del tít. VII, 6.^a P., cfr. ed. y vol. cits., pp. 539 y s.) dedujo que, además de los delitos que importaren la pena de muerte, debían comprenderse los que ocasionaren la de pérdida de algún miembro —deduciéndolo de las leyes 3, tít. II, de la Partida 3.^a; 18, tít. IV; 12, tít. V, y 11 del mismo tít. VII de la propia 6.^a Part., y también de la Novela CXV, cap. III, § 3, que decía: “Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem vel rempublicam”, subrayando que dice “*in criminalibus*” y no “*in capitalibus*”— y la que ocasionare que el padre quedare *enfamado*. La palabra *desterrado* la consideró referida al destierro perpetuo. Y en su glosa a las palabras “*o perder algun miembro*” de la ley 11 h. tít. (gl. 83, p. 550) la relacionó con la propia ley 4 y con la Nov. CXV, cap. IV, § 3.^º

(151) Como puede verse en los textos citados en la nota anterior, en los precedentes históricos no se eximía el supuesto de ser verdadera la acusación, sino en el caso de tratarse de un delito “*adversus principem vel rempublicam*”, o “*contra el Rey o su señorío*” (l. cit. del F. Real), o “*a la persona del Rey o al procomunal de la tierra*” (ley 4, h. t., P. 6.^a).

Tres requisitos implica la efectividad de esta causa:

1.) Que se trate de una *acusación*, debiéndose entender esta palabra en sentido vulgar, incluyendo en ella no sólo la querella, sino la denuncia y también la declaración testifical y la pericial (153). No, en cambio, la reclamación de responsabilidad civil o la difamación pública que no den lugar a un proceso criminal (154).

2.) Que sea declarada *calumniosa*.

3.) Que sea de delito al que la ley señale *pena afflictiva*, según la calificación del Código penal de 1870, que comprendía en ellas las de muerte, reclusión mayor y menor y presidio mayor y menor, y que corresponden a las calificadas hoy como graves, estando excluidas, por tanto, las de presidio y prisión menores, destierro, reprensión pública, suspensión de cargos públicos, confinamiento, etc., y arresto menor (155).

Según la S. 6 de diciembre 1963, no se daría esta causa si “la pena imponible a ese presunto delito falsamente imputado, no sería la afflictiva que el Código refiriéndose al Cuerpo legal punitivo vigente a la fecha de su promulgación exige”; ni si la “evidente intención no envuelve el *animus injuriandi* requerido para su valoración a efectos sancionadores, sino la defensa más o menos vehemente de los derechos de que estaba en posesión la esposa ofendida”.

La causa 5.^a coincide literalmente con la 4.^a del art. 754 del Anteproyecto 1882-88, y, con la sola variante de la palabra *testador* por *difunto*, con la 4.^a del art. 617 del Proyecto de 1851.

Los precedentes romanos y castellanos además de la esposa comprendían a la concubina (156).

¿*Quid* de la condenada en juicio por adulterio con el marido de la testadora? (157). Creemos que debiera ser causa de desheredación.

(152) Cfr. *supra*, en nota 405, que el origen del cambio se halla en el Anteproyecto 1882-88, por influjo del 725 del *Codice italiano* de 1865.

(153) Cfr. Sánchez Román (loc. últ. cit., p. 278), Scaevela (loc. últ. cit., n. 3, pp. 397 y s.). Lo cree dudoso respecto la declaración testifical Lacruz (loc. últ. cit.) y lo rechaza en este caso Puig Peña (loc. últ. cit., p. 50).

(154) Cfr. Scaevela, loc. últ. cit., pp. 397/398 *in fine* y s.

(155) Cfr. Scaevela (loc. últ. cit., n. 3, nota 1 de la p. 399) y Bonet Ramón (loc. últ. cit., p. 119).

(156) La Novela CXV, cap III, § 6.^o, señaló como causa de desheredación: “Si novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit”, y en el § 3.^o de su cap. IV, como causa de desheredación del padre: “Si pater norui suae aut concubinae filii sui sese miscuerit”.

El Fuero Real, Ley 2, tit. IX, Lib. III, señaló que el padre al hijo “otrosí, puédalo desheredar si yuguiere con la muger, o con la barragana”.

La 6.^a Partida, tit. VII, en la ley 4 señaló como causa de desheredación “si el fijo yoguyese con su madrastra, o con otra muger que touiesse su padre paladínamente por su amiga”; en la ley 11 “quando el padre yoguiere con la muger o con la amiga de su fijo”, y en la ley 13 señaló como cuarta razón de indignidad “quando el heredero yoguiesse con la muger de aquel que le estableció por heredero”.

(157) Scaevela (loc. últ. cit., causa 5.^a, p. 403) cree que el legislador pensaba en ambos adulterios y que se trata de una imprecisión de expresión. Lacruz

Esta causa requiere también sentencia condenatoria, por lo cual nos remitimos a lo que al respecto hemos dicho al hablar de la causa segunda.

La causa 6.^a concuerda, con ligeras variantes de redacción, con la 5.^a del artículo 754 del Anteproyecto 1882-88 (158) y procede del apartado final del n. 6.^o del art. 617 del Proyecto de 1851 (159), con influjo en cuanto a la redacción de aquel artículo del 725 del *Codice italiano* de 1865 (160).

García Goyena (161) glosó que: “Sobre la fuerza y violencia hecha para testar hay conformidad con las rúbricas del título 6, libro 29 del Digesto, y del 34, libro 6 del Código *Si quis aliquam testari prohibuerit, vel coegarit*; la hay con la 3, título 9, libro 3 del Fuero Real, y con la 26, título 1, Partida 6.”

La amenaza, fraude o violencia han de ser determinantes de que el testador se vea obligado a hacer testamento (162) y tiene que ser ejercida directa e individualmente contra la persona del testador (163). Tal hecho justificará que el testador, en otro testamento posterior, desherede a quien sobre él ejerció tal presión. No hace falta condena criminal (164), ni sentencia alguna previa a la desheredación, ni a la sentencia que, en caso de ser contradicha la causa, la declare cierta.

16. *Causas de desheredación de los descendientes.*

“Art. 853: Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.^o, 3.^o, 5.^o y 6.^o, los siguientes:

1.^o *Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.*

2.^o *Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.*

3.^o *Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución.*

(loc. últ. cit.) cree más lógico sustituir la palabra *mujer* por *cónyuge*. Puig Brutau (loc. últ. cit., nota 51, p. 143) dice que, en vista de la actual regulación de los arts. 449 y 452 del Código penal, tal vez podría considerarse comprendida la condena por adulterio como manceba [de la hija del padrastro o de la madre con el yerno]. Bonet Ramón (pág. últ. cit.) cree que no, “por no poderse interpretar la ley extensivamente”.

(158) Art. 754 Anteproyecto 1882-88: “5.^o El que con amenaza, fraude o violencia obligare a una persona a hacer testamento o a cambiarle.”

(159) Art. 617 Proyecto 1851: “6.^o El que..., o forzó al difunto para testar.”

(160) Cfr. la nota final de los redactores del Anteproyecto en la citada ed. cuidada por Peña Bernaldo de Quirós (p. 231). Decía el art. 725 del *Codice italiano* en su n. 3.^o: “El que le hubiese coaccionado a hacer testamento o a cambiarlo.”

(161) Florencio García Goyena, op. y vol. cits., art. 617. n. 6, pp. 68 *in fine y s.*

(162) Cfr. Scaevela, loc. últ. cit., n. 6.^o, p. 406.

(163) Cfr. Sánchez Román, loc. últ. cit., p. 281.

(164) Cfr. Scaevela, p. 407.

4.^o *Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil*" (165).

La causa 1.^a está redactada literalmente igual que la 1.^a del artículo 839 del Anteproy. 1882-8 y la 1.^a del art. 672 del Proy. 1851. García Goyena (166), al glosar este texto, explicó:

"Esta causa de desheredación no se encuentra entre las 14 de la Novela 115, a pesar de ponerse por tales las de no rescatar al padre cautivo y no salir fiador por él estando preso; y a pesar de que, según la ley 4, título 3, libro 25 del Digesto, *Nacare videtur: qui alimonia denegat.*"

"Tampoco se encuentra en ninguno de nuestros Códigos nacionales (167): pero sí en los extranjeros modernos que han adoptado la desheredación, y esto es muy conforme a la moral y a la justicia; *vivir* es antes y más precioso que *salir de la prisión* o del cautiverio; el hijo que niega los alimentos, comete, en cuanto está de su parte, y a sangre fría, un parricidio indirecto."

Son requisitos de esa causa:

1.^o *La negativa de alimentos*, pudiendo precisarse:

— que no es necesario que los alimentos hayan sido reclamados

(165) Ha desaparecido en este artículo, siguiendo al 839 del Antepr. 1882-8, la causa 3.^a del art. 672 del Proy. 1851: "Haberse casado sin su consentimiento, cuando por la ley era éste necesario." Cfr. la glosa, correspondiente a esta causa, de Florencio García Goyena (op. cit., vol. III, art. 672, 3.^a, pp. 116 y s.).

(166) García Goyena, op. y vol. cits., art. 672, n. 1, p. 115.

(167) La ley 4, tít. VII, 6.^a Part. otros dijeron: "que seyendo el padre preso por debda que deuiese, o de otra manera, si el fijo non le quisiere dar en quanto pudiere para sacarlo de la prisión, que le pueda desheredar el padre". La ley 5 "que seyendo algun home furioso o loco, de manera que andouiesse desmemoriado, e sin recabdo: si los hijos, o los otros que descienenden del por liña derecha, non le guardassen, o non pensaren del en las cosas, quel fuere menester... E si por aventure, este atal tornase en su memoria ante que murriesse, podria desheredar por esta razon, a aquellos que lo deuian heredar por derecho, si no errasen contra el". Y la ley 6, que "Captiuando algun ome, o muger, que ouisse fijo, si los hijos fuessen negligentes, non auiendo cuidado de redimir su padre, o su madre, o lo dexassen captiuo, pudiendolo redimir, si despues desto saliere este atal del poder de los enemigos, puede por esta razon desheredar sus hijos."

García Goyena (op. cit., vol. III, art. 672, causa 5.^a, p. 118 y s.) glosó "Parece grande exigencia que un hijo tal vez padre de familia haya de salir fiador por deudas que podrían envolver su ruina y la de su familia."

Manresa (op. y vol. cits., art. 853, *Precedentes*, p. 575) comentó que "más rara parecía la supresión de estas causas"; pero ni la prisión ni la cautividad, ni la locura revisten hoy la gravedad o el perjuicio que en otros tiempos, por haberse suavizado notablemente las costumbres y haberse creado establecimientos para el cuidado y la curación, a ser posible, de los desgraciados faltos de razón. Por lo mismo, la omisión antes penada en los descendientes, en la prestación de la fianza, la redención o el cuidado, no ha parecido al legislador causa suficiente en absoluto para desheredarles, por más de que si en esas situaciones necesitasen alimentos y les fueren negados indebidamente, cabe desde luego la desheredación, en virtud de la causa del art. 853".

judicialmente, bastando que la negativa se pruebe por cualquier medio, con arreglo al artículo 850 (168);

— ni es preciso que se haya producido el hecho de quedarse el ascendiente sin alimentos (169) porque otra persona se los haya prestado;

— que, en caso de haberse decretado judicialmente la obligación de prestar alimentos, aunque esta se cumpla, si consta la anterior negativa, se habrá producido la justa causa para desheredar (170);

— que no hay razón para exigir, además, mala fe o temeridad en la negativa (171).

2.^o *La falta de motivo legítimo de la negativa*, que debe relacionarse con las causas extintivas de la obligación alimenticia que expresa el artículo 152 (172). De estas deben excluirse las causas 1.^a y 5.^a, por referirse ésta al ascendiente obligado frente a un descendiente, y por consistir aquélla en la muerte del alimentista. Quedan, pues, las otras tres:

“2.^o *Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.*

3.^o *Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.*

4.^o *Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que, dan lugar a la desheredación.”*

García Goyena (173), al glosar el precedente de esta última causa —§ 2.^o, inciso 1.^o, del art. 72 Proy. 1851: “También cesa esta obligación en los mismos casos en que está autorizada la desheredación...”— explicó que: “Guarda también conformidad el artículo en este punto con la ley 5, párrafo 11, título 3, libro 25 del Digesto, unida a la Novela 115, capítulos 3 y 4, y con la 6, título 19, Partida 4 y su glo-

(168) Cfr. Manresa, op. y vol. cits., art. 853, *Comentario* 1.^o, p. 576; Sánchez Román, op. cit., VI-II, cap. XVI, n. 27, 1, p. 1115; Valverde Valverde, op. y vol. cits., cap. XIII, § 2, p. 304; De Buen, *Notas* cit., vol. VIII, cap. II, Sec. XI, § 7, p. 318; Armero Delgado, op. cit., p. 433; Rovira Mola, loc. cit., V, B, 1.^o, p. 265; Puig Peña, op. cit., vol. V-II, cap. XV, 4, 1.^a, pp. 431 y s.; Santamaría, op. y vol. cits., art. 853, n. 1, p. 832; Bonet Ramón, “*Compendio...*”, vol. cit., n. 129, B, 1.^o, p. 696. En contra, Mucius Scaevola, op. cit., vol. XIV, art. 853, III, B, pp. 1024 y ss., e Isabal, op. y vol. cits., p. 804. Pero es lo cierto que el Código civil no exige como requisito que se reclame judicialmente ni menos aún que haya fallo condenatorio como en otras causas requiere, ni son convincentes las razones aducidas por Scaevola. Debe bastar que se pruebe por cualquier medio, conforme el art. 850.

(169) Cfr. Manresa, loc. últ. cit.

(170) Cfr. Manresa, *ibid.*

(171) Cfr. Manresa, *ibid.*; Valverde Valverde, loc. últ. cit.; Isabal, loc. últ. cit. En contra, Scaevola, loc. últ. cit., p. 1026.

(172) Cfr. Mucius Scaevola, op. y loc. últ. cit., p. 1024; Sánchez Román, loc. últ. cit.; Isabal, loc. últ. cit.; Rovira Mola, *ibid.*; Puig Peña, loc. últ. cit., p. 432; Puig Brutau, op. cit., vol. V-III, cap. XII, 3, V, 1.^o, p. 226; Bonet Ramón, loc. últ. cit.

(173) Fl. García Goyena, op. cit., vol. I, art. 72, p. 86.

sa 3 (174); lo mismo opina Antonio Gómez, *Variarum resolutionum*, tomo 1.^a, capítulo II, número 13 (175). Ciento es que la ley Romana pone el caso de un hijo que delató a su padre, y que la Partida habla del padre e hijo que se acusan sobre cosa grave, y es uno de los casos de desheredación. ¿Pero no milita igual razón en todos ellos, como es el de poner manos airadas en el padre; trabajarse de su muerte con armas o con hierbas, y abandonarle estando demente? Era pues forzoso en buena lógica redactar este párrafo con la generalidad que tiene, mayormente cuando hemos reducido el número de causas de desheredación...”.

17. *La causa 2.^a* coincide literalmente con la 2.^a del artículo 839 Antepr. 1882-8; y, con la sola variación de “Haberla” por “Haberlos”, con el n. 2 del 672 del Proy. 1851.

García Goyena (176) glosó así ésta: “En la Novela 115, capítulo 3, párrafo 1, se decía: *Si quis parentibus suis manus intuterit*: párrafo 2: *Si gravem et inhonestam injuriam eis ingresserit*”. “La ley 4, título 7, Partida 6, la copia con nervio y elegancia: “Cuando el fijo a sabiendas e sañudamente mete manos airadas en su padre para ferirlo e para prenderle, o si le desonra de palabra gravemente”, la ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo (versión castellana) dice: “Si el filio o la filia, o el nieto o la nieta ficiere grand tuerto o gran desondra al padre o la madre, o al avuelo o a la avuela (pone varios ejemplos de malos tratamientos de obra), o si lo denostó en consejo”. La ley 2, título 9, libro 3 del Fuero Real: “Si alguno de ellos (los descendientes) le firiere por saña o deshonra o si le dixiere *denuesto develado*”.

Y, después de analizar los Códigos extranjeros, concluyó: “En tanta variedad de elocuciones se adoptó *lo de malos* tratamientos, etc., un puntapié no es menor ultraje que una bofetada; tener a un padre encerrado, como en prisión, arrimarle ascuas a los pies siendo ciego...”.

“Hay injurias de palabra tan graves como las de hecho, aún más sensibles según la condición de las personas.”

“Ciento es que por este medio se da cierta latitud al Juez; pero no hay posibilidad de evitarla, y menos en la calificación de injurias. Además será mayor el número de los que devoren en silencio las in-

(174) Gregorio López, en la cit. glosa a las palabras “*como si uno dellos acusasse*” (gl. 35 del tit. XIX, 4.^a P., ed. cit., vol. II, p. 1101) dice que: “Lo mismo debe decirse de las otras causas de ingratitud, por las cuales puede el hijo ser desheredado, a tenor de lo que nota la glosa a d. 1. 5, § 10, vers. *idem judex* [Dig. XXV-III], y la ley últ. C. de *alend. liber.* [Cod. V-XXV]”.

(175) Antonio Gómez, “*Variae...*”, I, cap. XI, n. 14 (ed. cit., p. 140), también generaliza “*quod ex eisdem causis, ex quibus pater potest exheredare filium, potest ei alimenta in vita denegare*”, señalando que así lo entendieron la glosa ordinaria y el común de los autores, citando a Bartolo, Juan Andrés, el Abad Panarmitano y otros modernos, como Palacios Ruvios, y concluyó que: “*Pro quia communi sententia et conclusione allego et considero expressam legem partitae l. pen. tit. 19, 4 part.*”

(176) F. García Goyena, op. cit., vol. II, art. 672, 2.^a, pp. 115 *in fine* y s.

jurias graves, que el de los que usen de esta arma legal por las realmente leves.”

Vemos, pues, dispuesto un criterio flexible, con necesario arbitrio judicial, para el cual no debe tratarse de asimilar rígidamente las expresiones del precepto civil con figuras delictuales tipificadas en el Código penal (177), sino que “todo debe resolverse teniendo en cuenta el tono de la familia, la conducta filial en general y, desde luego, el signo de cultura social en el momento en que se produce la ofensa” (178). También debe comprenderse la injuria gravemente hecha por escrito (179). Es precisa la intencionalidad o *animus injuriandi* de esa causa, sin que pueda encajar la imprudencia temeraria (180).

No es necesario que ni los malos tratamientos ni las injurias hayan dado lugar previamente a condena penal, según lo ha entendido la doctrina (181) y el Tribunal Supremo lo ha declarado en S. 4 noviembre 1904, que en su 2.^º considerando declaró que: “la desheredación es una institución de derecho civil establecida como facultad concedida al testador para reprimir las graves faltas y la maldad de aquéllos que debieran heredarle; y tratándose del padre, el medio de castigar, valiéndose de su propia autoridad, al hijo que por su conducta o por las ofensas que le haya causado se haga indigno de sucederle; pero sin que para el ejercicio de este derecho, cuando de injurias graves se trate, haya de preceder una sentencia condenatoria: 1.^º, porque la ley sólo exige este requisito previo cuando haya incurrido el hijo en un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil; 2.^º, porque correspondiendo a los herederos del testador la prueba de la certeza de la causa de la desheredación si el desheredado la negare, a tenor del artículo 850 del Código, no será esta prueba compatible con la declaración hecha en un fallo anterior que necesariamente vendría a prejuzgarla; 3.^º, porque la necesidad de ejercitarse por medio de querella la acción penal por delito de injurias podría dificultar, y tal vez hacer ilusorio, el derecho de carácter civil concedido al padre, sobre no compadecerse tampoco la ritualidad y las exigencias de un procedimiento criminal con la intimidad de los vínculos familiares y los deberes de sumisión y respeto en el hijo, de que no es dable prescindir en las relaciones del derecho, aunque por el mismo hayan sido olvidados; y 4.^º, porque la gravedad de las injurias de que se trata queda

(177) Especialmente la palabra *injuriado* debe tomarse en el sentido vulgar más que en el legal, pudiendo incluir la calumnia. Todo sometido a la apreciación de los Tribunales. Cfr. Manresa, loc. últ. cit., 2.^º, pp. 577 y s.; Sánchez Román, loc. últ. cit., pp. 1115 y s.; Valverde, loc. últ. cit., p. 304; Rovira Mola, loc. últ. cit., p. 266; Puig Peña, loc. últ. cit., 2.^º, p. 432 y s. Más restrictivamente, Mucius Scaevola, loc. últ. cit., pp. 1129 y ss.

(178) Puig Peña, op., vol. y cap. últ. cit., 4, 2.^a, p. 433.

(179) Cfr. Puig Peña, loc. últ. cit., p. 432; Puig Brutau, loc. últ. cit.

(180) Scaevola, loc. últ. cit.; Rovira Mola, loc. últ. cit., p. 265; Puig Peña, loc. cit., 2.^º, d, p. 434.

(181) Manresa, loc. últ. cit., p. 578; Sánchez Román, p. 1116; Valverde, p. 304; Oyuelos, p. 67; Santamaría, p. 832; Puig Peña, p. 433; Puig Brutau, p. 226; Bonet Ramón, pp. 696 y s. En contra, Scaevola, loc. últ. cit., pp. 1031 y s.

evidentemente patentizada con la simple enunciación de las palabras en que consisten y que en la sentencia recurrida se determinan, al consignar que son las que expresan los testigos que sobre ello fueron interrogados."

18. *I.a causa* 3.^a concuerda literalmente con la 3.^a del art. 839 del Antepr. 1882-8; y, con la omisión de un artículo "la" delante de "nieta", con el n.º 4 del art. 672 del Proy. 1851. Como a éste glosó García Goyena (182), la Novela CXV, cap. III, § 11, aludía a la hija o nieta a quien el padre o abuelo quiso casar, pero prefirió vivir lujuriosamente, pero excluía la causa si llegaba a los 25 años, sin que los padres cuidasen casarla, dieran ocasión a que haga maldad con su cuerpo", y este criterio fue copiado por la ley 5, tít. VII, 6.^a Partida; guardando silencio el Fuero Juzgo y el Real acerca de la prostitución. La cuestión edad extraña al comentarista, que dice: "Yo no encuentro en los Códigos modernos esta limitación de edad, y entiendo que en eso han procedido con discreción. El caso no puede concebirse en una hija menor de edad, porque el padre, a cuya autoridad está sujeta, puede impedirlo: la ofensa y la deshonra sólo pueden causarse por la mayor edad, y conviene poner algún freno o pena en el Código civil al último grado de inmoralidad en la mujer, callen o no los Códigos penales."

Es de notar que en las palabras "hija o nieta" se comprenden también las descendientes de ulterior grado (183).

Que la palabra "prostitución" debe tomarse en sentido estricto sin comprender el amancebamiento, por público que sea, ni la conducta irregular por extremada y escandalosa que sea, mientras no pueda calificarse de prostitución (184).

Y que tampoco requiere fallo judicial previo, y sólo posterior en el caso de que la desheredada negare el hecho causante y fuese objeto de prueba por los herederos instituidos conforme los artículos 850 y 851 (185).

La causa 4.^a es literalmente idéntica a la 4.^a del artículo 839 Anteproyecto 1882-8 y a la 5.^a del 672 Proy. 1851. García Goyena (186) glosó "diose lugar a ella para igualar a los hijos con los padres que pierden por la misma su patria potestad...".

Se ha criticado la introducción de esta causa porque significa una razón extrafamiliar (187).

(182) Fl. García Goyena, loc. últ. cit., 4.^a causa, pp. 117 y s.

(183) Comprende la biznieta, según Manresa, loc. últ. cit., 3.^a, p. 579; De Buen, loc. últ. cit., p. 348; Rovira Mola, p. 266; Puig Peña, p. 434; Bonet Ramón, p. 697.

(184) Cfr. Manresa, p. 579; Scaevela, pp. 1033 y ss.; Sánchez Román, p. 1117; Valverde, p. 265; Rovira Mola, p. 266; Santamaría, p. 832; Puig Peña, p. 434; Puig Brutau, p. 227; Bonet Ramón, p. 697.

(185) Cfr. Scaevela, pp. 1035 y s.; Sánchez Román, p. 1117.

(186) García Goyena, op. y vol. cits., art. 672, n.º 5.^a, p. 118.

(187) Cfr. Sánchez Román, loc. últ. cit., 4.^a, pp. 1117 y s.; Puig Peña,

Sólo se refiere a la interdicción total, no a la parcial (188).

Por constituir su fundamento el hecho determinante y no la pena impuesta, se afirma que el indulto no excluye la causa de desheredación (189).

Claramente resulta del texto del precepto que es indispensable que previamente haya sentencia condenatoria (190).

19. Causas de desheredación de los ascendientes.

“Art. 854: *Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1.^º, 2.^º, 3.^º, 5.^º y 6.^º, las siguientes:*

1.^a *Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 169.*

2.^a *Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.*

3.^a *Haber atentado uno de los padre contra la vida del otro, si no hubiera habido entre ellos reconciliación.”*

Al glosar García Goyena (191) el art. 674 del Proyecto de 1851, precedente del 855 C. c., comentó que: “De las ocho causas establecidas en el Derecho romano y copiadas en el nuestro, algunas quedan comprendidas entre las de indignidad, como acontece también con los descendientes; ésta es la razón de haberse omitido unas y otras en el presente capítulo.”

La llamada hecha en el art. 854 pr. al n. 1.^º del art. 756, concretamente referida en éste a los padres, la hace extensiva el 854 a los abuelos y demás ascendientes, debiéndose entender el verbo “abandonar” en el sentido amplio que en el 756 tiene (192).

La causa 1.^a, con la sola diferencia del número del artículo referido, como expresivo de las causas de la pérdida de la patria potestad, coincide con el n. 1.^º del art. 840 del Anteproyecto 1882-8, y, además con alguna variante de redacción, con el n. 1 del 674 del Proy. de 1851. Esta causa fue glosada por García Goyena (193): “El padre indigno de la patria potestad se hace también acreedor a la desheredación: ¿bajo qué aspecto, o por qué título podrá en los casos de este número reclamar los derechos, ni aun el simple dictado de padre?”.

loc. últ. cit., 4.^º, pp. 434 y s.; Bonet Ramón, p. 697. La crítica también Scae-
vola, loc. últ. cit., E, pp. 1036 y s.

(188) Manresa, loc. últ. cit., 4.^º, p. 579; Sánchez Román, p. 1118; Rovira Mola, p. 266; Puig Peña, p. 435.

(189) Rovira Mola, p. 266; Puig Peña, p. 435; Puig Brutau, p. 228.

(190) Manresa, loc. últ. cit.; Scae-
vola, loc. últ. cit., p. 1037; Sánchez Ro-
mán, p. 1118.

(191) García Goyena, op. y vol. últ. cit., art. 674, p. 120.

(192) Sánchez Román (cap. últ. cit., n. 28, p. 1119) dice que debe optarse entre la interpretación que la extiende a todos los ascendientes, en el sentido que allí tiene el verbo *abandonar*, o restringir esta causa de desheredación sólo entre padres e hijos.

(193) García Goyena, loc. últ. cit., pp. 120 *in fine* y s.

Dice el art. 169 C. c.: “*El padre, y en su caso la madre, perderán la potestad sobre sus hijos:*”

1.^º *Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad.*

2.^º *Cuando por sentencia firme en pleito de separación personal se declare, mientras duren los efectos de la misma.”*

El supuesto 1.^º del art. 169 comprende tanto la privación de la patria potestad en virtud de sentencia en causa criminal que directamente condene a ella (art. 453 bis del Código penal, texto revisado de 1963) como la derivada de la imposición de la pena accesoria de interdicción civil (194).

La doctrina muestra extrañeza de que falte una llamada al artículo 171, ap. 1.^º C. c. que previene: “*Los tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad..., si trataren a los hijos con dureza excesiva o si les dieren órdenes, consejos o ejemplos corruptores*”. Nosotros creemos que la llamada al art. 169 la comporta, como complementaria suya, también a los arts. 170 y 171 C. c. (195).

Las dudas respecto a si pudieran considerarse como causa de desheredación por el hijo las segundas nupcias de su madre (196) han desaparecido con la nueva redacción dada al art. 168 por la ley 24 abril 1958, conforme a la cual dichas nuevas nupcias han dejado de ser causa de pérdida de la patria potestad.

Esta causa requiere sentencia condenatoria a la pérdida de la patria potestad, como claramente expresa el precepto, no bastando haberse dado lugar a ella, si no es decretada tal pérdida (197). En cambio, no importa que la declaración haya tenido lugar después de la emancipación o de la mayoría de edad del hijo desheredante (198).

(194) Recordemos la glosa de García Goyena a la causa 4.^a del art. 672 Proy. 1851 (loc. cit., p. 118), indicativa de que se dio lugar a que la pena de interdicción civil fuera causa de desheredación de los hijos, porque por ella los padres pierden la patria potestad e inciden en esta causa. Scaevola la considera comprendida en la llamada del art. 854 al 169, n. 1. En contra, Sánchez Román (n. 28, *Primera*, 1.^º, pp. 1119 y s.). Notemos que el art. 170 C. c. alude sólo a la suspensión de la patria potestad por la interdicción civil.

(195) Cfr. Scaevola, loc. últ. cit., p. 1044, y en igual sentido, respecto al art. 171, Rovira Mola, loc. cit., V, C, 1.^º, p. 267. Puig Brutau, loc. cit., V, b, p. 229, ve dudosa la inclusión del art. 171 y rechaza la del 170. En contra, por estimar que se trata de materia de interpretación estricta, Manresa, p. 512; Sánchez Román, p. 1121; y Puig Peña, cap. últ. cit., V, 1.^º, p. 436, si bien éste indica que *de lege ferenda* debiera comprender el supuesto de pérdida incluido en el art. 171 C. c. Santamaría (loc. cit., art. 854, p. 834) niega que se comprenda el supuesto de dicho art. 171.

(196) Cfr. Manresa, p. 582; Sánchez Román, p. 1120; Puig Peña, p. 436.

(197) Manresa, p. 682; Puig Peña, p. 435; Santamaría, op. y vol. cits., art. 854, p. 832.

(198) Sánchez Román (p. 1120), Rovira Mola (p. 267), Puig Peña (5, 1.^º, a, p. 436), porque: “el hecho anterior de la condena a la pérdida de la patria potestad mantiene su eficacia y la ley no lo limita ni modifica, sino que parte del supuesto de la organización legal que el Código establece en cuanto a la duración de las causas normales de la cesación de la patria potestad”.

Ni debe considerarse extinguida por el hecho de recuperar la patria potestad aun antes de haber salido de ella los hijos, por cumplimiento de la condena o indulto (199).

El *supuesto* 2.^º del art. 169, requiere igualmente sentencia que decrete la separación sin que baste haber incurrido en una de las causas para ella expresadas en el artículo 105 C. c. (200). El inciso de dicho n. 2.^º “*mientras duren los efectos de la misma*”, nos lleva al inciso 1.^º del § 3.^º del art. 73 C. c.: “*A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos si la causa que dio lugar a la separación no afectare a la formación moral de los hijos*”; y al art. 74 que, conforme —como el anterior— a su nueva redacción por ley de 24 abril 1958, previene: “*La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto... sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, subsistirán, en cuanto a los hijos, los efectos de la separación cuando ésta se funde en el conato o la convivencia del marido, o de la mujer, para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas...*”.

Esto significa el carácter *especialísimo*, por *temporal y transitorio*, de esta causa de desheredación (201), de modo que cesa, en virtud de la muerte del cónyuge inocente o por reconciliación de ambos, si el culpable recobra la patria potestad (202), salvo si el hijo desheredante hubiere fallecido antes (203).

Hay que entender que, también a estos efectos, hay reconciliación, conforme al final del art. 855, en caso de convivir ambos cónyuges bajo el mismo techo (204).

Esta causa 1.^a del art. 854 parece referida, según la doctrina (205), sólo a los padres y no a los abuelos y ascendientes de ulterior grado, ya que éstos no tienen patria potestad sobre los nietos y descendientes de ulterior grado.

20. *La causa* 2.^a está redactada literalmente igual que la 2.^a del artículo 840 Antepr. 1882-8, y, aunque en distinta redacción, coincide en su contenido con la 2.^a del artículo 674 Proyecto 1851 (206). Esta fue glosada así por García Goyena (207): “*La obligación de alimentos es recíproca e igualmente sagrada: admitida contra los*

(199) Sánchez Román (loc. últ. cit.), Puig Peña (pág. últ. cit., b), “*pues su fundamento está no en el ejercicio del poder paterno, sino, precisamente, en haber sido causante de su pérdida*”. En contra, Manresa (p. 582).

(200) Sánchez Román, p. 1121.

(201) Isabal, loc. cit., p. 805; Rovira Mola, loc. últ. cit.; Puig Peña, p. 436, c).

(202) Manresa, p. 583; Sánchez Román, p. 1121. Con mayor amplitud, Scaevela, p. 1045, cree que si al recuperar la patria potestad el padre o madre, el hijo desheredante ya ha salido de ella, subsistirá la desheredación.

(203) Cfr. Manresa, loc. últ. cit.

(204) Santamaría, loc. últ. cit.

(205) Cfr. Manresa, p. 582; Scaevela, p. 1040; Sánchez Román, 1119; Puig Peña, p. 435.

(206) Art. 674 Proy. 1851: “*2.^º Cuando les negaren los alimentos sin motivo legítimo.*”

(207) Fl. García Goyena, loc. últ. cit., p. 121.

hijos no puede menos que admitirse contra los padres..." Por lo tanto, todo lo expresado al referir la causa 1.^a del art. 853 es de aplicación a la que ahora examinamos.

La S. 3 diciembre 1946, en su tercer considerando, precisa que la causa del n. 2.^o del art. 854: "Se funda en la infracción del deber de prestar alimentos impuesta entre parientes, y regulado en el Título VI del Código civil como obligación legal entre ascendientes y descendientes legítimos, según el número 2.^o del art. 143, y que alcanza, como derecho, a los hijos, aún emancipados, que lo necesiten, y, como obligación, a los padres, aunque no tengan la patria potestad."

La causa 3.^a concuerda con la 3.^a del art. 840 Antepr. 1882-8, sustituyendo "*el padre contra la vida de la madre*" por "*uno de los padres contra la vida del otro*". El n. 3 del 674 del Proyecto 1851 decía: "Cuando el padre atentó contra la vida de la madre o ésta contra la de aquél, y no hubo reconciliación entre los mismos". García Goyena (208) glosó: "La ley 11, título 7, Partida 6, pone entre otras esta causa, tomándola de la Novela 115, capítulo 4, párrafo 5; una y otra hablan de *veneno vel alio modo, de otra manera cualquier...*"

Se ha comparado esta causa de *desheredación* con la 2.^a de *indignidad* del art. 756 y con la 2.^a de *separación* comprendida en el artículo 105, que puede producir la pérdida de la patria potestad, conforme al 169 y, por ende, ser causa de desheredación, conforme al 854, n. 1.^o, observándose:

1.) Que el n. 2 del 756 se exige la condena en juicio y el n. 1 del 854 requiere que se haya decretado el divorcio y la pérdida de la patria potestad; mientras que en el 854, n. 3, basta el hecho de atentar el uno contra la vida del otro (209).

2.) Que el n. 3 del art. 854 se circunscribe al atentado de un parente al otro no alcanzando al perpetrado por o contra otros ascendientes (210).

Notemos que esa diferencia de requisitos puede justificarse por ser el caso del n. 3 sólo de desheredación y el del 756-2, también de indignidad (211), y en que el supuesto del 854, n. 1, abarca hechos menos graves, como son genéricamente los malos tratamientos de obra del art. 105, n. 2.^o (212).

3.) Que la reconciliación entre los padres excluye este hecho como causa de desheredación (213). "Cuando el mismo cónyuge per-

(208) García Goyena, pág. últ. cit.

(209) Manresa, loc. últ. cit., p. 583; Sánchez Román, p. 1121; Isabal, loc. cit., p. 805; Rovira Mola, V, C, 3, p. 267; Puig Peña, p. 437; Puig Bruta, p. 229.

(210) Scaevela, p. 1047. Esta interpretación le ofrece "sevos repasos" a Puig Peña, loc. últ. cit.

(211) Manresa, loc. últ. cit.

(212) Sánchez Román, p. 1122.

(213) Isaval (loc. y pág. últ. cit.) destaca esa diferencia entre el art. 756, n. 2.^o, y el 854, n. 3.^o

dona, a los hijos también toca perdonar" (214). Para apreciar la reconciliación hay que aplicar el § final del art. 855, considerando la vida de los cónyuges bajo un mismo techo como reconciliación (215).

21. Causas de desheredación de los cónyuges.

"Art. 855: Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.^º, 3.^º y 6.^º, las siguientes:

- 1.^a *Las que dan lugar a la separación personal según el art. 105.*
- 2.^a *Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al art. 169.*
- 3.^a *Haber negado alimento a los hijos o al otro cónyuge.*
- 4.^a *Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.*

Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también la desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo."

El art. 855 del Código civil no tiene precedentes en el Proyecto de 1851 y en el Anteproyecto de 1882-8 por la sencilla razón de que el cónyuge viudo está por primera vez en el art. 807, n. 3.^º, C. c., entre los llamados herederos forzosos, a diferencia de los arts. 541 Proy. y 792 Antepr. que no enumeraban más que descendientes y ascendientes.

Es de notar que el párrafo inicial del art. 855, que se remite a los números 2.^º, 3.^º y 6.^º del art. 756, excluye *sensu contrario* las del número 1.^º —relativo al abandono de los hijos, prostitución de las hijas o atentado contra su pudor, que en cuanto a estos últimos supuestos está incluido en el n. 5.^º del art. 105, al que después se remite el n. 1.^º del 855— y la del n. 5.^º —referido al condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador, que tiene su equivalente en el n. 1.^º— del art. 105, con las variantes que veremos (216).

La causa especial 1.^a se remite a las causas previstas en el art. 105, que después de su nueva redacción por Ley de 24 abril 1958, dice así:

- Art. 105: *Las causas legítimas de separación son:*
- 1.^a *El adulterio de cualquiera de los cónyuges.*
 - 2.^a *Los malos tratamientos de obra, las injurias graves o el abandono del hogar.*
 - 3.^a *La violencia ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarle a cambiar de religión.*
 - 4.^a *La propuesta del marido para prostituir a su mujer.*

(214) Manresa, ibid.; Sánchez Román, 1122.

(215) Manresa, p. 584; Scaevela, pp. 1046 y s.; Sánchez Román, p. 1122; Rovira Mola, p. 268; Santamaría, loc. últ. cit.; Puig Peña, loc. últ. cit.; Puig Brutau, loc. últ. cit.

(216) Cfr. Manresa, op. y vol. cits., art. 855, p. 585; Sánchez Román, op., vol. y cap. cits., n. 29, p. 1122.

5.^a *El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución.*

6.^a *La condena del cónyuge a reclusión mayor.*

La primera cuestión que suscita esta causa es su remisión a un precepto que sólo determina las causas de separación aplicables al matrimonio civil. Por ello, se ha preguntado si en caso de matrimonio canónico deberá entenderse referida a las causas enumeradas por el *Codex Iuris Canonici* (217). Pero la respuesta debe ser negativa, pues no se trata de que sea declarada la separación, sino de que las causas de separación correspondientes al matrimonio civil, actúen como causas de desheredación del cónyuge viudo (218), aun no habiéndose llegado a la declaración judicial de separación, y sin necesidad siquiera de que haya sido entablada la demanda (219); lo único que se requiere —conforme al § final del mismo art. 855— es “*que no vivan los cónyuges bajo el mismo techo*” (220). Si hay sentencia de separación, prácticamente la desheredación no es necesaria, pues para tener derecho a la legítima el cónyuge viudo es preciso conforme al artículo 834 C. c. “*que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto*” (221).

La 2.^a causa se remite, como la 1.^a del art. 854, al art. 169. Pero así como el 855 n. 2.^o habla de “*haber perdido la patria potestad*”, el 855 n. 1, dice: “*Las que den lugar a la pérdida de la patria potestad*. ” Pero la llamada al art. 169 es suficiente, pues, éste en sus dos números presupone sentencia que la decrete (222).

La causa 3.^a coincide con las 1.^a del art. 853 y 2.^a del 854, con la sola diferencia de que omite la salvedad “*sin motivo legítimo*”. Pero,

(217) Son de esta opinión Isabal, pág. últ. cit., y Rovira Mola, loc. cit., D, 1.^o, p. 268.

(218) Sánchez Román, loc. últ. cit., p. 1123; Scaevara, op. y vol. últ. cit., art. 855, III, B, pp. 1048 y s.

(219) Cfr. Manresa, p. 585; Sánchez Román, p. 1123; Rovira Mola, loc. últ. cit.; Santamaría, op. y vol. cits., p. 834; Puig Peña, op. y vol. cits., cap. XV, 6, p. 438. Naturalmente que, si al fallecer el testador estuviere en trámite la demanda de divorcio, habrá que esperar el resultado del pleito (Res. 30 abril 1906). En cambio, de no haberse planteado la demanda y haberse solicitado la desheredación fundándola en una de las causas del art. 105 C. c., negada esta por el desheredado, los herederos tendrán que probarla con arreglo al artículo 850 C. c. (cfr. Manresa, p. 585).

(220) Manresa, p. 585; Scaevara, p. 1050; Sánchez Román, p. 1123; Santamaría, loc. últ. cit. Este indica que equivale a una reconciliación tácita, corolario del efecto de la reconciliación, prevista en el art. 856 como causa extintiva de la desheredación.

(221) Cfr. Manresa, loc. últ. cit.; Bonet Ramón, “*Compendio...*”, vol. cit., n. 129, ch), p. 699.

(222) Puig Peña, loc. últ. cit., p. 439; Puig Brutau, loc. últ. cit., V, c, página 230.

sin duda, ésta debe presuponerse dada la igualdad de *ratio* y el idéntico fundamento del deber cuyo incumplimiento se sanciona (223).

La causa 4.^a, parece una repetición del n. 2.^o del art. 756, pero entre ambas existen dos diferencias. Una, el art. 855 sólo dice “*haber atentado...*”, mientras que en el n. 2.^o del art. 756 se lee “*el que fuere condenado en juicio por haber atentado*”. La otra, que es la 4.^a del artículo 855, concluye: “si no hubiere mediado reconciliación”, coletilla que no tiene la causa 2.^a del 756. Esta última diferencia carece de importancia a efectos de la desheredación, pues el art. 856 las equipa para al aplicarse a ambas, resultando así redundante el inciso final del 855 (224). La primera diferencia, tratándose de desheredación ordenada por un cónyuge respecto del otro, deja de hecho inútil para este supuesto la causa 2.^a del art. 756, puesto que basta el hecho para dar lugar a la n. 4 del 855 (225).

El § final del art. 855, aplica a todos sus casos la reconciliación tácita derivada del hecho de vivir ambos cónyuges bajo el mismo techo. Se ha observado (226) que el convivir los cónyuges bajo un mismo techo no debe entenderse en sentido material, sino en el sentido de haber reanudado la comunidad de vida.

d) Requisitos para la efectividad de la desheredación legalmente ordenada.

22. La desheredación hecha con justa causa y en debida forma puede no resultar eficaz en virtud de hechos anteriores o posteriores; ya sean negativos —como la falta de prueba de la causa invocada en caso de ser contradicha— o bien positivos, como es la reconciliación, el perdón, el otorgamiento de testamento en el que se instituya al que incurrió en causa de desheredación, la revocación o nulidad del que la contenga.

1.^{o)} *Necesidad de probar la certeza de la causa de desheredación invocada, caso de ser ésta contradicha por el desheredado.*

El art. 850 C. c. dice: “*La prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare.*”

El texto transcritto corresponde literalmente, con la sola supresión de una coma delante del adverbio “si”, al primer párrafo del artícu-

(223) Manresa, p. 585; Scaevara, p. 1050; Sánchez Román, p. 1124 Rovira Mola, p. 268; Puig Peña, p. 439; Puig Brutau, p. 230.

(224) Cfr. Sánchez Román, pp. 1124 y s.; Scaevara, p. 1.051. En cambio parece que Rovira Mola (loc. últ. cit.), Puig Peña (p. 439), Puig Brutau (p. 230) creen que, para extinguir la 2.^a causa del art. 756, no basta la reconciliación tácita que se produce por convivencia bajo el mismo techo.

(225) Sánchez Román, p. 1124; Rovira Mola, p. 268; Santamaría, loc. últ. cit., quien señaló que en la causa 4.^a del art. 855 no hace falta que el cónyuge desheredado haya sido perseguido judicialmente, sino sólo que entre ambos no haya merecido reconciliación, expresa o tácita.

(226) Puig Peña, p. 438.

lo 836 del Anteproyecto 1882-8, que a su vez añadía como § 2.^º “No admitirá prueba sobre causa no expresada por el testador”.

El art. 667 del Proyecto 1851 decía: “La prueba de ser cierta la causa de desheredación incumbe a los herederos del testador; y no podrá extenderse a causa no expresada por el mismo.”

Comparando el texto del 667 Proy. con el vigente 850 C. c., se observa: la desaparición del último inciso —“no podrá extenderse a causa no expresada por el testador”— y la admisión del condicionamiento de la necesidad de la prueba por los herederos “si el desheredado la negare”.

Sin embargo, ni esa adición ni aquella supresión significan diferencia de criterio en cuanto al contenido.

La supresión del inciso “no podrá extenderse a causa no expresada por el testador”, o del § 2.^º del art. 836 del Anteproyecto, nada cambia, pues su contenido se halla implícito en el art. 849 C. c., que exige que la desheredación se haga “expresando la causa legal en que se funde”, y no otra por tanto (227).

Y la adición del condicional “si el desheredado la negare” no hace sino agregar literalmente algo que ya estaba implícito para los autores del Proyecto de 1851 y explícito en sus antecedentes históricos.

Una y otra afirmaciones quedan confirmadas por el comentario de García Goyena (228) al art. 668 del Proyecto de 1851:

“Puede en rigor suprimirse el final o segunda parte; pero este pleonasio tiene el mismo motivo y objeto que el anterior.

“*Nisi forsitan probabuntur ingratii* (los descendientes), Novela 115, capítulo 3.^º; *si scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint*: al final del mismo capítulo.

“La ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo: *si manifeste convicti*. La 1, título 9, libro 3 del Fuero Real: “pruébelo él o su heredero si el fijo lo negare.”

“Ley 8, título 7, Partida 6: “Si fuere probada la razón (causa) por que el padre deshereda su fijo; si el padre pusiere muchas razones, abonda que él o el heredero escrito en el testamento pruebe la una cosa tan solamente”. La ley 10: “A menos de probar el mismo (testador) o aquellos que estableció por sus herederos”. La ley 7, título 8, Partida 6: “El yerro que el padre pusiere al fijo en el testamento para desheredarlo, el heredero que estableciere es tenido de lo probar.”

La exégesis del precepto lleva a las siguientes consecuencias:

1.^a La fuerza propia del testamento que contiene la desheredación es título bastante para que el heredero obtenga la posesión de los bienes. Corresponde, por tanto, la iniciativa de la acción procesal al desheredado (229). La certeza de la causa de desheredación expresada por el testador constituye una presunción a favor del cumplimiento de la disposición testamentaria que la contenga, pero sólo extrajudicial-

(227) Cfr. Scaevela, op. y vol. últ. cits., art. 850, III, p. 1004.

(228) García Goyena, op. y vol. cits., art. 668, pp. 111 y ss.

(229) Cfr. Scaevela, p. 1003.

mente *a priori*, provisional e internamente; no alcanzando procesalmente ni siquiera valor *iuris tantum*, pues cede en cuanto el desheredado no se conforma con que la causa se presume cierta (230). La negación de la causa debe efectuarla el desheredado en juicio declarativo, no bastando que solicite y obtenga la declaración de herederos abintestato, según resulta de la S. 20 mayo 1931.

2.^a La regla de que la prueba de certeza de la causa expresada por el testador, en caso de ser negada por el desheredado, corresponde al heredero o herederos, no es sino aplicación del principio de que la prueba de un hecho corresponde a quien afirma su certeza (231).

3.^a No será necesaria la prueba por el heredero o herederos cuando la certeza de la causa resulta de antemano probada, ya sea por existir una sentencia condenatoria (232) o bien porque el mismo testador haya adecuadamente formalizado la prueba (233).

4.^a En caso de haber invocado el testador varias causas de desheredación, bastará que pruebe una cualquiera de ellas (234), según declaraba la ley 8, tít. VII, 6.^a Partida, y como presupone en un *obiter dictum* la S. 6 diciembre 1963.

2.^{a)} *Necesidad para la eficacia de la desheredación que no haya habido reconciliación anterior o ulterior a aquélla.*

23. El artículo 856 C. c. dice: “*La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.*”

Es literalmente igual al artículo 841 del Anteproyecto 1882-8, y, en sustancia, al 670 del Proyecto de 1851 (235).

Sus antecedentes históricos los expuso García Goyena (236) al comentar este último:

“El Fuenro Juzgo la previó y decidió en la ley 1, título 5, libro 4, *Tamen si respicientes* (hijos o nietos) *a suo excessu, veniam a supra scriptis quos offenderant* (los padres o abuelos) *imploraverint eosque*

(230) Cfr. Sánchez Román, op., vol. y cap. últs. cits., n. 23, p. 1107.

(231) Cfr. Manresa, op. y vol. últ. cits., arts. 848 a 850, 2.^a, p. 563.

(232) Cfr. Manresa, pp. 562 y s.; Scavola, p. 1003; Sánchez Román, p. 1107; Oyuelos, op. y vol. cits., art. 850, p. 68; Puig Peña, op., vol y cap. últs. cits., 3, C, b, 3.^o, pp. 428 y s.

(233) Así lo indica, en su 2.^o Considerando la S. 4 noviembre 1904, al decir que la prueba por los herederos de la certeza de la causa no sería compatible con la declaración hecha en un fallo anterior “que necesariamente vendría a prejuzgarla”.

(234) Cfr. Manresa, p. 563, y Oyuelos, loc. últ. cit., precisando éste que “el fundamento de la desheredación no está en la cantidad de motivos, sino en la calidad, siendo suficiente la concurrencia de cualquiera de ellos para que el padre o el hijo, respectivamente, pueda usar la facultad que el Código le concede, puesto que se peca con una única falta y se es criminal con un solo delito”.

(235) Art. 670 Proy. 1851: “La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.”

(236) García Goyena, op. y vol. cits., art. 670, pp. 113 y s.

in gratiam receperint paterna pietate, etc. Según esta ley, la reconciliación debía ser expresa.

"En la ley 2, título 9, libro 3 del Fuero Real, se lee: "Si por aventura padre o madre desheredare por alguna destas cosas su fijo, o su nieto o viznieto, o donde ayuso, así como sobre dicho es, é después le perdonare, o le heredare; que sea heredado así como era antes"; yo creo que esta ley habló en el mismo sentido que la citada del Fuero Juzgo.

"En las Partidas se guarda sobre este punto el mismo silencio que en su original o modelo, el Derecho Romano.

"Sobre este punto callan todos los Códigos modernos que he visto, a excepción del Bávaro y Austríaco, cuyas disposiciones son encontradas."

Y, después de transcribir estas disposiciones (237), prosigue:

"También calló sobre esto el Derecho romano; pero los autores, como el caso no habrá sido raro, han tenido que ventilarlo, y lo han resuelto con alguna variedad. Juan Voet, en sus comentarios a las Pandectas, libro 5, título 2, número 31, lo trata extensivamente, y por la doctrina legal en materia de injurias lo resuelve en el sentido de nuestro artículo, ora sea expresa, ora tácita la reconciliación, porque *lo expreso y lo tácito tienen la misma fuerza*."

Este mismo criterio lo hallamos en la glosa de Gregorio López a la ley 4, tit. VII, 6.^a Partida (238). "Si el padre se reconcilia con el hijo después de haberle desheredado en virtud de justa causa, parece que debiera presumirse revocada la desheredación, Bart. en la 1. 3, § 11 D. de *adm. leg.*" [XXXIV-IV].

La simple lectura del precepto nos percata de que comprende dos supuestos diferentes:

Primero: La reconciliación posterior a haberse dado la causa de desheredación, pero anterior a su formalización, impide que ésta tenga eficacia. El testador ha perdido el derecho a desheredar (239).

Segundo: La reconciliación posterior a la desheredación deja ésta sin efecto.

La reconciliación requiere una relación bilateral y recíproca de hecho, de tipo social o familiar (240). En esto se diferencia de la

(237) Hoy el § 2337 del B.G.B. dice que: "El derecho a la privación de la legítima se extingue por perdón. Una disposición por la cual el causante ha ordenado la privación, se hace ineficaz por el perdón."

(238) Gregorio López, glosa a las palabras "*pueda resheredar*" de la ley 4, tit. VII, 6.^a Partida (gl. 21 al tit. VII cit., cfr. ed. y vol. III, pp. 538 *in fine* y s.).

(239) Cfr. Manresa, art. 850, p. 586; Sánchez Román, n. 31, p. 1129. De ello resulta que después de la reconciliación, como después del perdón, expreso o tácito, ya no cabe volver a desheredar por los hechos remitidos (cfr. Oyuelos, op. y vol. cits., art. 856, § 1, p. 72; Puig Peña, p. 442). Como ha dicho Royo Martínez (op. cit., cap. XXII, § 5, p. 252) la reconciliación o perdón es *irrevocable*.

(240) Royo Martínez (op. cit., cap. XXII, § 5, pp. 252 y s.) y Puig Peña (cap. cit., 8, A, p. 442) que nos dice que la reconciliación "representa el restablecimiento de las relaciones que corresponden a la índole del parentesco".

reniación o del perdón, que pueden ser actos unilaterales del desheredante y no dar lugar a relación de hecho alguno que indique la reconciliación. Para que haya reconciliación, a efectos del art. 856 C. c., es preciso no sólo que haya causa de desheredación del ofensor, sino que esta sea conocida por el ofendido.

El artículo 856 alude a la reconciliación “del ofensor y del ofendido”, destacando así la bilateralidad del hecho. Pero hay que precisar quién, a tal efecto, se entiende ofensor y quién ofendido. El primero está claro quién es. El segundo hay que precisarlo en los supuestos en que la ofensa no sea hecha directamente al desheredante, sino, v. gr., al cónyuge, ascendientes o descendientes (art. 756, n. 2.^º) o a los hijos (art. 855, n. 3.^º). Parece que, en esos casos, la reconciliación del desheredado no es con aquel contra quien se realizó directamente la acción causante, sino con aquel que, en consecuencia, quedó facultado para desheredarle (241).

Sin embargo, hay que precisar que en el supuesto del número 3.^º del artículo 854 la reconciliación que éste prevé expresamente en su último inciso no se refiere a la habida entre desheredante y desheredado, sino entre éste y su cónyuge.

Así, en ese supuesto de desheredación de un ascendiente por uno de sus descendientes, hay dos posibles reconciliaciones que excluirían la eficacia de la desheredación: una, entre cónyuge agresor y el hijo desheredante (art. 856), y otra, entre ambos cónyuges (art. 854, n. 3.^º).

La reconciliación, ¿resulta del solo hecho de vivir desheredante y desheredado bajo un mismo techo? El § final del artículo 855 dice que: “*Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo.*”

La referencia específica y exclusiva de este párrafo a los cónyuges inclina a deducir que en los otros supuestos no basta, a estos efectos, la convivencia. Ya que “el mero hecho de convivir, si bien en apariencia presupone cierta armonía entre los que mantienen estas relaciones, no puede con ello borrarse la causa ni desvirtuar la voluntad del causante” (242). Cierto, por otra parte, que también el hecho de convivir los cónyuges bajo un mismo techo no debe entenderse en sentido material, sino en el de haber reanudado la comunidad de vida (243). Pero, para nosotros, la diferencia estriba en que: tratándose de cónyuges, el hecho material de su convivencia bajo un mismo techo constituye una presunción, que sólo cede ante prueba en contrario, de la reanudación de la comunidad de vida; mientras que, en los otros casos, la convivencia bajo un mismo techo no excusa al des-

(241) Cfr. Scaevola, arts. 856 y 857, II, 2.^º, pp. 1053 y s.; Manresa, p. 586; Sánchez Román, n. 31, p. 1129. Este último dice que *ofendido* puede traducirse por testador que deshereda y *ofensor* por heredero forzoso que es desheredado por haber incurrido en justa causa de desheredación.

(242) Pascual Quintana, loc. cit., p. 130.

(243) Puig Peña, p. 438.

heredado de la prueba de la reconciliación y sólo es un dato a valorar, pero insuficiente por sí solo para lograr la prueba de que la ha habido.

24. Se ha planteado por algunos autores si hay colisión entre la norma del artículo 757 y la del 856 C. c. en los supuestos de las causas de indignidad números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 756, que lo son también de desheredación conforme al artículo 852. La duda resulta de que el artículo 757, para la remisión de las causas de indignidad que hubiere sabido el causante después de haber testado, exige la forma de "documento público", mientras que, según el artículo 856, basta el hecho de la reconciliación sin requisito formal ni documental alguno.

Según unos autores, la reconciliación "priva del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha; pero el indigno continúa con arreglo a la ley incapacitado para suceder, aun en la legítima, mientras en documento público y con arreglo al artículo 757 no se remita la ofensa" (244).

Pero se ha objetado, a favor de la solución contraria, que el testador al "convertir los hechos de indignidad en causa de desheredación, les dio esta naturaleza legal, como por su voluntad podía hacerlo, según la ley lo permite, y los sometió por completo a las reglas de la desheredación, y entre ellas a las del art. 856, respecto de la reconciliación como causa privativa de la eficacia de aquélla, sin que parezca lícito llevarlas de nuevo a la doctrina de la *indignidad* obrando indebidamente contra la voluntad expresa del testador y lo que parece pensamiento indudable de la ley, más sistemático y menos arbitrario que la opinión contraria, atendida la doble naturaleza legal que unos mismos hechos pueden tener, según que se apliquen a la materia de incapacidad para suceder por indignidad o a la de desheredación, cuando esta segunda fase corresponde determinarla a la libre voluntad del testador". (245).

Esta segunda opinión nos parece más razonable, pero no puede salvar la siguiente antinomia: Supongamos un descendiente que haya incurrido en causa de indignidad, susceptible de serlo de desheredación, y que después haya habido reconciliación de hecho con su ofendido. Si éste no testare, la indignidad de aquél, dada la aplicación que se hace del art. 757, persistiría, y, en cambio, caso de testar su desheredación no sería válida, conforme al art. 856, que es estimado prevalente, en este caso, al 757.

Creemos que ocurre que la cuestión está mal planteada. El artículo 856 se ocupa de la *reconciliación*, y el art. 757 de la *remisión*. La diferencia de ambas radica no sólo en que ésta se refiere a la indig-

(244) Manresa, p. 587, y, en igual sentido, Scaevoła, p. 1053, que razona: "siendo la indignidad lo más grave y la desheredación lo menos, y siendo aquélla lo general y ésta lo particular, sin que el perdón conste concedido en esos casos, como requiere el art. 757, no se podrá tener por remitida la causa".

(245) Sánchez Román, n. 31, p. 1130. En igual sentido, Valverde Valverde, loc. últ. cit., p. 307; Pascual Quintana, p. 129; Puig Peña, cap. cit., 8, A, nota 26, p. 442.

nidad y aquélla a la desheredación, sino además en esa otra diferencia referente al hecho sanatorio contemplado. Así no hay antinomia entre ambos preceptos, y cabe complementariedad y analogía. Por ello creamos, por lo que respecta a la *reconciliación* propiamente dicha, que el efecto sanatorio del art. 856 es aplicable tanto a la desheredación como a la indignidad de descendientes, ascendientes y cónyuge en los supuestos de los números 1, 2, 3, 5 y 6 del art. 756. Concuerda con esta solución el criterio que resulta de las siguientes palabras de García Goyena (246): “no se pierda de vista que aquí (art. 670 proy., precedente del 856 C. c.) se trata de herederos forzados, cuya condición es más favorable, y allí (art. 619 proy., precedente del 757 C. c.) de toda clase de herederos”. Por tanto este criterio más favorable debe extenderse por igualdad de *ratio*, cuando el art. 757 se aplica a herederos forzados.

La *reconciliación* supone, como hemos dicho, una relación bilateral, recíproca, una normalización de hecho de una relación familiar. Pero esta relación de hecho puede ser más o menos visible según la circunstancia (supongamos padres e hijos que viven en lugares distintos). Por ello, no hay obstáculo en que se plasme en documentos, más o menos solemnes, como tampoco puede haberlo en que sólo se exteriorice en meros hechos, o sea, tácitamente (247).

Este hecho debe ser probado, correspondiendo la carga de la prueba al desheredado, como hecho extintivo, que debe probar quien lo invoca, y su apreciación a los Tribunales (248), a no ser que los herederos instituidos reconozcan la certeza de la reconciliación (249).

3.º Necesidad de que no haya habido remisión de la causa antes ni después de la desheredación.

25. El art. 856 se refiere literalmente sólo a la *reconciliación* que como hemos dicho antes presupone una relación bilateral y recíproca, y no habla de la *remisión* ni del *perdón* de la causa, como hace el art. 767 con respecto a las causas de indignidad. Sin embargo, la doctrina incluye en el art. 856 el perdón, *expreso* o *tácito*, *solemne* o

(246) García Goyena, art. 670, vol. cit., p. 114.

(247) Criterio de García Goyena (loc. últ. cit.) respecto al art. 670 Proy., y que han aplicado al art. 856 C. c. Navarro Amandi, “Cuestionario...”, vol. cit., art. 856, p. 350; López R. Gómez, op. y vol. cits., cap. XVII, n. 6, pp. 616 y s.; Sánchez Román, n. 31, p. 1129; Valverde Valverde, p. 306 y s.; De Buen, *Notas* y vol. cits., cap. II, Sec. XI, § 7, p. 320; Castán Tobeñas, op. y vol. cits., LXIX, p. 378; Pascual Quintana, loc. cit., pp. 128 y s.; Rovira Mola, loc. cit., VII, p. 269; Puig Peña, p. 442; Bonet Ramón, “Compendio...”, vol. cit., n. 131, p. 700.

Royo Martínez (op. cit., cap. XXII, § 5.º, pp. 252 y s.) nos dice que: “Implica renuncia tácita la *reconciliación*, es decir, el restablecimiento de relaciones correspondientes a la índole del parentesco, con aquiescencia del causante agraviado (intercambio de visitas, regalos, felicitaciones, retratos, etc.).”

(248) Sánchez Román, p. 1129; Royo Martínez, loc. últ. cit., p. 253; Puig Brutau, “Estudios...”, vol. cit., cap. II, 3, VI, p. 231.

(249) Sánchez Román, p. 1129.

no solemne, con tal de que sea *especial y concreto*. al hecho que produce la causa de desheredación, “no bastando cualquiera fórmula general, tan frecuente, del perdón por parte del testador, más o menos próximo a la muerte, de los agravios que de *todos* haya recibido, para pretender que se comprenda en ellos los que motivaron la desheredación y hacer equivalente este perdón general del medio legal de la reconciliación de que habla el art. 856” (250).

El Tribunal Supremo en el 3.^{er} considerando de la S. 4 noviembre 1904, ha declarado: “que a las manifestaciones de perdón hechas por el testador en la misma cláusula de desheredación no se les puede atribuir el alcance jurídico que pretende el recurrente en el tercer motivo del recurso, pues sólo revelan el ejercicio del derecho que la ley concede al padre, sin enojo, sin resentimiento ni espíritu alguno de adimadversión u odio, pero no la reconciliación a que se refiere el artículo 856 del Código, puesto que, para que ésta existiera en las relaciones de padres con hijos, sería menester que apareciese que dichas relaciones habían continuado entre ellos, como si las injurias no hubieran existido, o que el padre, al menos, hubiese expresado claramente que el propósito de perdonar lo era en toda su extensión y efectos, propósito inadmisible en el caso del presente recurso, cuando a la vez que ostentaba el testador sus sentimientos, imponía al hijo el castigo a que se había hecho acreedor, ya que las consecuencias del perdón a que se refiere el Código penal, en la materia de injurias, nada tiene que ver con la institución jurídica de la desheredación, por las razones antes expuestas, ni hay incompatibilidad entre el perdón moral de conciencia y la falta de reconciliación a que se refiere dicho artículo 856”.

En general la doctrina ha destacado, al ocuparse de este fallo, la diferencia entre la *remisión o perdón jurídicamente eficaz* y el *perdón moral o de conciencia* (251). Pero, a juicio nuestro, también ofrece otra distinción, que debe ser destacada, entre la *reconciliación*, propiamente dicha del art. 856, y la *remisión*, propiamente dicha, y, en especial, debemos subrayar, que para la existencia de aquélla requiere que la reconciliación aparezca en las *relaciones* de padres con hijos, mientras que para las otras formas de remisión en sentido estricto requiere que se acredite que “*el propósito de perdonar lo era en toda su extensión y efectos*”.

Ello nos hace volver a relacionar los arts. 757 y 856. Así como antes, al tratar de la reconciliación, hemos completado aquél con éste, ahora al ocuparnos de la remisión, creemos que hay que completar el art. 856, que no habla de la remisión simple, con el art. 757 que es-

(250) Sánchez Román, p. 1129; Valverde Valverde, pp. 306 y s.; De Buen, p. 320; De Diego, op., vol. cits., Lec. 90, p. 236; Castán Tobeñas, p. 378; Oyuelos, art. 856, a, pp. 70 y s.; Isabal, loc. cit., p. 805; Rovira Mola, XII, p. 269; Pascual Quintana, p. 129; Royo Martínez, pp. 252 y 253; Puig Peña, pp. 442 y s.; Bonet Ramón, p. 700.

(251) De Buen, Puig Peña, Bonet Ramón (locs. últ. cits.).

pecíficamente se ocupa de ella. Así concluiremos, que la *remisión* que no se apoye en una *reconciliación* de hecho y probada, deberá resultar de un testamento, posterior a haber ocurrido el hecho que la causó, o de un documento público.

Creemos que esta solución es la más adecuada: si los hechos no muestran una reconciliación, la certeza de una remisión, para ser indubitada, deberá resultar de un testamento (abierto, cerrado u ológrafo, común o especial) o de documento público, o por lo menos de escrito ológrafo del desheredante que reúna todos los requisitos del testamento ológrafo.

Algún autor ha afirmado que la remisión debe ser *pura y simple* (252). Pero, como hemos visto antes (253), no es esta la opinión predominante, ni creemos que sea la más adecuada, pues la condición no repugna en esta materia, siempre que se refiera a una ulterior reforma de conducta del desheredado o a signos de su arrepentimiento.

4.) *Necesidad para la eficacia de la desheredación de que el desheredante, con anterioridad a haberla ordenado, pero con posterioridad al conocimiento de la causa, no haya otorgado otro testamento instituyendo al ofensor.*

26. El artículo 757 declara, en su primer inciso, que: "Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento...". Es un caso de *remisión* tácita de la causa de indignidad (254).

Esta forma tácita de remisión, al afectar a las causas de indignidad, afecta, evidentemente, a las causas de desheredación fundadas en ellas; y creemos que también a las demás, por analogía, ya que existe idéntica *ratio* para aplicarla a unas y otras.

Como ha dicho un autor (255): "La renuncia [a desheredar] tácita puede resultar del simple hecho de que el causante otorgue testamento sin hacer uso de la facultad de desheredar, ora por que de modo expreso mencione al legitimario ingrato entre los herederos, ora porque, hecha la designación por clases de parentesco ("mis hijos", "mis nietos") no lo excluya" (256). "Parece también —añade después (257)— incompatible la desheredación con cualquier atribución de bienes por vía de donación o legado, ya que la asignación de una o de otro llevaría implícito el perdón."

El *conocimiento* por el testador en el momento de testar de la existencia de una causa de indignidad o de desheredación, por ser ese conocimiento un elemento constitutivo del hecho excluyente de la in-

(252) Royo Martínez, p. 252.

(253) Cfr. *supra*, n.º 10.

(254) Cfr. García Goyena, art. 670, p. 114; Navarro Amandi, art. 856, p. 350.

(255) Royo Martínez, p. 252.

(256) En igual sentido, Puig Peña, p. 442, y Puig Brutau, vol. últ. cit., II, 3, VIII, pp. 234 y s.

(257) Royo Martínez, § 6, p. 254. En igual sentido, Puig Brutau, p. 235.

dignidad o de la desheredación, parece que debe ser probado por el indigno o desheredado (258).

Como sea que la *remisión* debe considerarse irrevocable (259), la revocación del testamento que la contenga, aunque sólo sea en forma tácita, no podrá producir la revocación de tal remisión. En cambio, esta resultará ineficaz en caso de nulidad del testamento en que se haya otorgado por vicio de capacidad o defecto de forma, pues decaerá al desaparecer la raíz de su soporte.

5.^o) *Necesidad para la eficacia de la desheredación de que el testamento que la contenga no sea anulado ni revocado.*

27. La ley 2, tít. VII de la 6.^a Partida, en su inciso 2.^o, decía: “*Pero si el testamento en que fuese alguno desheredado, se rompiesse por alguna derecha razón, o le reuocase aquél que le fizó, o se desatasse por razón de los herederos que, eran escritos en él, non quisiesen entrar la heredad del testamento; estonce, el que fuese desheredado en tal testamento non le empescería.*”

De las tres causas expresadas: invalidación (260), revocación (261) y no aceptación por los herederos escritos (262), esta última carece hoy de efectividad (art. 764 C. c.). Quedan, pues, la nulidad del testamento por defecto de formalidades (art. 687 C. c.) o vicio de voluntad (art. 673 C. c.), y su revocación por el testador (263). La pretención anula la institución de heredero (art. 814), pero no creemos que la nulidad pueda hacerse extensiva a la desheredación legalmente ordenada (264).

Si el testamento revocante fuese a su vez revocado y recobrase su validez el primeramente revocado, conforme al artículo 739, § 2.^o, sin embargo, se mantendría la revocación de la desheredación, puesto que,

(258) De esta opinión es Sánchez Román, op. cit., VI-I, cap. V, n. 71, p. 284.

(259) Cfr. *supra*, n. 23, nota 239.

(260) Gregorio López, en su glosa a las palabras “*si rompessc*” de dicha ley 2, tít. VII, 6.^a P. (gl. 6 del tit. VII, ed. cit., vol. III, p. 536), comentó: “absurdo sería que subsistiera la desheredación, una vez invalidado el testamento, l. 12, § 5, D. *de bon. libert.*, y l. últ. D. *de lib. posth.*”.

(261) La revocación puede referirse al testamento en general o incluso específicamente a la desheredación, bien sea simplemente revocándola, o bien instituyendo heredero al que fue desheredado en el testamento anterior. Este supuesto fue previsto en Dig. XXVIII-II, 21: “*Si filium nominatim exheredavero, et eum postea heredem instituero, heres erit*”. Pero la revocación más genérica del testamento también revoca la desheredación en él contenida, si del testamento revocante no resulta lo contrario, conforme al art. 739, 1.^o, C. c.

(262) Gregorio López, al glosar las palabras “*non quisiesen entrar la heredad*” (gl. 7, h. t., pág. cit.), observó que: “Empero después de la l. 1, tít. 2, lib. 5 del Ordenamiento subsistirá la desheredación aunque no admita el heredero instituido...”, y añade: “no parece justo ni razonable que penda del arbitrio del heredero escrito la validez de la desheredación del hijo ingrato”.

(263) Cfr. Oyuelos, op. y vol. cits., art. 856, 9, c, p. 71.

(264) De esta opinión fue ya Gregorio López (gl. últ. cit.) al relacionar la ley 2, tít. VII con la ley 7, tit. VIII, Partida 6.^a

como antes hemos visto (265), la remisión de la causa de desheredación y, por ende, de ésta, es irrevocable.

e) *Efectos de la desheredación justa.*

28. Tanto justa como injusta, la desheredación ordenada produce consecuencias jurídicas respecto del desheredado, de sus descendientes en el supuesto del artículo 857, de sus colegitimarios, e, incluso, en ciertos casos, de los demás herederos. De los efectos de la desheredación injusta nos ocuparemos más adelante, y aquí nos limitaremos a tratar de los dimanantes de la desheredación justa y consumada.

I) *Efectos con respecto al desheredado.*

1.º) Le excluye de todo derecho a reclamar *mortis causa* su legítima. Es la consecuencia directa e inmediata de la desheredación, que responde al concepto que de la misma da el artículo 813, § 1.º, C. c., como *privación de la legítima* en los casos expresamente determinados por la ley.

2.º) En caso de que el *de cuius* no haya dispuesto en su testamento de la totalidad de su herencia y haya lugar, en parte, a la sucesión intestada, o bien en todo si en su testamento se hubiese limitado a ordenar la desheredación: el desheredado debe quedar excluido de toda participación en la sucesión intestada. Es decir, en estos casos la desheredación equivale a exclusión de la sucesión intestada (266). Quien ha sido válidamente excluido de la sucesión legalmente forzosa, tanto más ha de entenderse privado de la porción que la ley solo atribuye con carácter meramente subsidiario y de la que el testador puede excluir al heredero ab intestato sin necesidad de razón justificativa alguna (267).

(265) Cfr. *supra*, n. 23 y n. 26, especialmente nota 239.

(266) No tratamos aquí de la llamada *desheredación en la sucesión intestada*. Figura de Derecho alemán, de cuya aplicación a nuestro Derecho se ocupó Ignacio de Casso Romero ("La exclusión de los herederos en la sucesión legítima", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid 1940, pp. 5 y ss.) y fue recogido el tema por Jerónimo González Martínez ("La institución de heredero en usufructo", en Rev. Cr. Der. Inmob. XVII, 1941, pp. 289 y s., y en "Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil", vol. III, n. XXII, pp. 356 y s.). En general ha sido negado por nuestra doctrina que sea verdadera desheredación (cfr. Roca Sastre, Notas al Kipp, vol. I, § 7, pp. 58 y s.; Pascual Quintana, loc. cit., III, B, pp. 136 y s.; Puig Peña, op., vol. y cap. últ. cits., cap. II, 3, IX, pp. 235 y ss.), pues esta palabra presupone privación de un derecho sucesorio, ya existente *ex lege*, respecto del cual la voluntad del causante actúa solo negativamente en los casos en que excepcionalmente es posible.

De lo que aquí tratamos es de un efecto de la desheredación propiamente dicha que se produce, fuera de su ámbito exclusivo, como reflejo de la voluntad del causante, manifestada al desheredar, que si quiere privar al que deshereda de lo que forzosamente le era debido, es evidente que tanto más le quiere excluir de aquello que sólo depende de su voluntad dejárselo o no dejárselo.

(267) En este sentido, Francisco Espinar Lafuente, "La herencia legal y el testamento" (Barcelona 1956), § 166, pp. 367 y ss.

3.) Respecto de las atribuciones testamentarias hechas por el desheredante al desheredado, debemos distinguir:

— las verificadas en un testamento anterior al que contenga la desheredación, aunque tal testamento anterior no deba entenderse totalmente revocado a tenor del artículo 739, § 1.º, habrá que tenerlas por expresamente revocadas en virtud de la desheredación ordenada, a no ser que el testador explícitamente mantenga su vigencia;

— las contenidas en el mismo testamento que ordena la desheredación, o en uno posterior que la mantenga, deben estimarse válidas, como hemos dicho antes (n.º 9) al tratar de la posibilidad de la desheredación parcial.

4.) La desheredación ordenada por un ascendiente significa la privación de todo derecho a la reserva —vidual o lineal— de bienes procedentes de su herencia, siendo así por la propia razón institucional de la reserva basada en una presuposición legal de la voluntad, sea del cónyuge premuerto de que hablan los artículos 968 y ss., o bien del descendiente del que proceden los bienes de que se ocupa el artículo 811 (268).

5.) La desheredación por el reservista privará al desheredado de todo derecho a la reserva.

El artículo 973, § 2.º, C. c. dice: “*El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva; pero si tuviere hijos o descendientes legítimos, se estará a lo dispuesto en el artículo 857.*”

Hace años, en otro trabajo (269), nos ocupamos de la polémica entre los autores acerca de si este precepto se refería al reservista o al otro ascendiente, y volveremos a ocuparnos de este estudio en su momento oportuno. Allí nos inclinamos por entender que el artículo 973, § 2.º, C. c. se refiere al cónyuge reservista, que puede privar de los bienes reservables al hijo común que deshereda; y estimamos que esa facultad era extensiva al reservista del artículo 811 (270).

6.) Las donaciones que hubiera otorgado el desheredante al desheredado, aunque sean imputables a la legítima, no quedan revocadas por el hecho posterior de la desheredación (271). Para esto sería preciso ejercitar la acción de revocación por causa de ingratitud, por las causas expresadas en el artículo 648 C. c., en el corto plazo “de un año, a contar de que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitarse la acción” (art. 652), y que no se transmite “a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado” (art. 653, § 2.º).

7.) Queda privado del derecho a recibir alimentos el alimentista

(268) Cfr. nuestro trabajo “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil” (Madrid 1957), II Parte, § 5.º, n.º 31, I, p. 243, en rel. con I Parte, § 6, n.º 36, pp. 130 y ss.

(269) “La jurisprudencia del...” cit., II Parte, § 5, n.º 31, I, pp. 238 y ss.

(270) “La jurisprudencia del...”, II Parte, § 5, n.º 32, pp. 255 y ss.

(271) Cfr. Puig Brutau, op. y vol. últ. cits., II, 3, VII, A, f. p. 232.

que hubiese incurrido en falta de las que dan lugar a la desheredación. Así lo dice el artículo 152 C. c., que “*Cesará también la obligación de dar alimentos:*” ... “*4.^o Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.*”

8.) El hijo desheredado queda privado del usufructo y la administración de aquellos bienes que en virtud de lo dispuesto en el artículo 857 C. c. correspondieren a sus hijos y descendientes.

Así, el inciso final de este artículo concluye: “*pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma*” [legítima].

Se trata de evitar que el hijo desheredado se lucre, de los bienes de los que legalmente ha sido excluido, a través del usufructo o administración que, en virtud de su patria potestad, en otro caso, le hubiere correspondido en los que hubieran recaído en sus hijos menores por efecto, precisamente, de lo dispuesto en el primer inciso del mismo artículo 857 (272).

II) *Efectos respecto a los legítimos descendientes del hijo o descendiente desheredado.*

29. El art. 857 C. c. dice:

“*Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima; pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma.*”

Corresponde este artículo al 842 del Anteproyecto 1882-88, con la sola diferencia de las palabras “*conservarán los*” que el Código civil ha adicionado entre “*su lugar*” “*y derechos*” que iban seguidas en el Anteproyecto. Y el art. 842 de éste correspondía al art. 673 del Proyecto de 1851 con variantes en su redacción (273).

García Goyena (274) explicó que: “Este artículo fue también adoptado como base por la Comisión a propuesta mía; aunque es una novedad atendidos nuestros derechos y el Romano” (275).

No obstante, haber sido muy discutida esta cuestión, en torno a la aplicación en este caso del *successorium edictum* (276), puede afir-

(272) Cfr. Puig Peña, op., vol. y cap. últ. cits., 7, 4.^o, p. 441.

(273) El art. 673 Proy. 1851 dice: “*Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredante tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa heredan.*”

(274) García Goyena, op. y vol. cits., art. 673, p. 119.

(275) Paulo (Dig. XXVIII-II, 9, § 2, inciso 1) explicó: “*Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem dessecerit, non tamen nepotem rupturum testamentum, Julianus et Pomponius, et Marcellus aiunt.*”

(276) La aplicación del *successorium edictum* en el supuesto de desheredación de un hijo fue discutida ampliamente. Para seguir la polémica es preciso distinguir varios de sus aspectos.

a) Se discutió, ante todo, si se daba o no el *successorium edictum* en el *ius discendi nullum*, en la *bonorum possessio contra tabulas* y en la *querella inofficiosi testamenti*, es decir, si en el ejercicio de estos remedios se daba, en virtud de aquél, una *successio graduum et ordinum* que permitía ejercitárselos a los nietos, hijos de un hijo desheredado, o, en defecto de éstos, al padre u otro ascendiente del desheredante, accionando no en nombre del desheredado como sucesores o subrogados suyos, sino en *nOMBRE proprio* y por un *derecho propio y originario*.

Su aplicación al *ijs discendi nullum* fue rotundamente rechazada incluso por Rodrigo Suárez, *Repetit. Legis "Quoniam in prioribus"*, ampliat. X, n. 54 (op. y ed. cits., p. 428), y por Juan Matienzo, op. cit., Lib. V, Tít. IV, lex I, gl. 14, n. 46 (ed. cit., fol. 87 vto. y s.).

Pero la cuestión fue mucho más discutida tratándose de la *querella*.

La ley *Pater filium, ff. De inoff. testam.* (D. V-II, 14), inclinó a admitirla a Gregorio López en su glosa a las palabras “que le deuisse heredar de hecho” de la ley 1, tít. VII, 6.^a Partida (cfr. ed. y vol. cits., pp. 435 y ss., gl. 4 al tít. cit.). En ella señaló que, en estos casos de preterición de quienes no ocupan el primer lugar al fallecer el causante (nietos hijos de un hijo desheredado; supérstite; o padre del desheredante de todos sus hijos), no se daba el *ijs discendi nullum*, sino la *querella inofficiosi testamenti*, estimándolos como injustamente desheredados y no como preteridos.

Sostuvieron la aplicación a estos casos del edicto sucesorio: Rodrigo Suárez (Ampliat. cit., n. 56, pág. 429) Matienzo (gl. últ. cit., p. 74 y ss., fol. 91 y vto.), Juan Gutiérrez, “*Repetitio 1. Pater filium, ff. de inoffic. testamen*”, n. 24 y ss. (cfr. en “*Repetitiones sex et quatordecim Iuris allegationes*”, 2.^a ed. Salamanca, 1592, pp. 215 y ss.), Jacobo Valdés (Adit. a la Ampl. X de Rodrigo Suárez, letra R, vers. *Tertium est notandum*, ed. cit., p. 439), Jerónimo de Cevallos “*Speculum Practicarum et Variarum Quaestionum, Communium contra communies*”, *Quaest. 101*, n. 70 (cfr. ed. Toleti 1599, pp. 189 y s.).

Rechazaron su aplicación a los tres remedios: Antonio Gómez, “*Variae...*”, I parte, cap. XI, n. 21 (cfr. ed. cit., pp. 144 y s.), Vázquez de Menchaca, op. cit., Pars I, Lib. II, § XX, n. 133 (ed. cit., fol. 194 vto.); Luis de Molina S. I., “*De Iustitia*”, Tract. II, Disp. CLXXV, n. 31 (ed. cit., vol. I, p. 392) y Spino, op. cit., gl. XX *principalis*, n. 91 (p. 858); Francisco Sarmiento, “*Selectarum Interpretationem*”, Lib. IV, tit. *De Lib. et posth. lex Si filium*, n. 2 (cfr. ed. Antuerpiae 1616, pp. 278 y ss.), Salgado de Somoza, “*Labyrinthus creditorum concurrentium*”, Pars II, cap. XXV, n. 7 (cfr. ed. Lugduni 1687, vol. I, p. 499); Juan Ayllón Laynez, Add. a las “*Variae...*” de A. Gómez, cit., L. I, cap. XI, n. 25 (cfr. ed. Venetiis 1747, p. 70) quien resumió que: “*sed communis est resolutio, nepotem in casu proposito, nec iniustum posse facere testamentum sit, omissa ab extraneo herede instituto hereditate post mortem exheredati filii*”.

Los textos del *Corpus Iuris* que más se adujeron a favor de esta opinión fueron: La ley *Si quis filium*, Cod. *De inoff. testam.* (Cod. III-XVIII, 34), que al parecer presuponía el resultado opuesto, ya que como remedio a la indefensión del nieto cuyo padre falleció sin preparar la querella, le concedió su transmisión *iure sanguinis*, y, aunque se alegó en contra que la anterior falta de remedio se concretaba sólo al supuesto de pretenderse ejercitar la querella *ex persona patris*, pero no *ex persona sua* por el *successorium edictum*, parece que de ser eso cierto tampoco la necesidad del nuevo remedio hubiese existido de haberlo habido ya *ex persona sua* el propio nieto. La ley *Si quis posthumus, § Si filio exheredavero, ff. De liber. et posthu,* (Dig. XXVIII-II, 9, § 2.^a) de la que resulta que Paulo opinó, como Juliano, Pamponio y Marcelo, que el nieto-hijo de un hijo desheredado no rompía el testamento si éste sobrevivía al testador anunque muriese sinadir, la herencia. La ley *Illud. § 1, ff. De bon. poss. contra tabulas* (Dig. XXXVII-IV, 4, § 1) que niega esta *bonorum possessio* al nieto preterido hijo de un hijo supérstite del testador por este desheredado. La ley *Si emancipatus* § 1.^a del mismo título (Dig. XXXVII-IV, 6, § 1.^a) que supedita la entrada del nieto a que el hijo haya premuerto.

marse que la opinión de Antonio Gómez, que la había planteado (277) y discutido (278) ampliamente y que negó todo derecho legitimario, material o formal en la sucesión del abuelo, a los nietos que fueran hijos de un hijo supérstite justamente desheredado, fue la que prevaleció en la práctica castellana (279).

Literalmente el art. 857 habla de los “*hijos del desheredado*”, sin distinción del parentesco de éste con el desheredante. Sin embargo, es evidente que el cónyuge viudo no tiene ningún derecho legitimario transmisible, puesto que es personalísimo y le corresponde sólo en usufructo. La duda puede plantearse respecto al ascendiente desheredado, pero creemos que la disipa el art. 929 en rel. con el 925 § 1.^º C. c. Aquél nos explica las hipótesis de los arts. 751 y 857 como supuestos especiales o anormales (280) de representación sucesoria. “*No podrá representarse*” —dice el art. 929— “*a una persona viva si no en los casos de desheredación e incapacidad*”. Y el art. 925 § 1.^º dice que: “*El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente*”. Por eso, conforme

b) Entre aquellos autores que admitieron la aplicación del *successorium edictum* a la querella, hubieron quienes supeditaron el éxito de ésta a la injusticia de la desheredación dispuesta y quienes consideraron que el ejercicio de ésta, en virtud de aquél, era independiente de la ingratitud del desheredado que no podía repercutir en los subsiguientes en grado (cfr. al respecto Matienzo, gl. cit., n. 69 y s., fol. 90 vto. y s.).

c) Y entre estos mismos autores, si bien algunos —como Juan Gutiérrez, loc. cit., n. 39 y Matienzo, gl. cit., n. 76 (fol. 91 *in fine* y vto.)— opinaron que esa aplicación se daba aún en el caso de que el hijo desheredado aprobara el testamento o renunciase al ejercicio de la querella, la mayor parte entendieron, por el contrario, que como en el caso de preterición, y a *fortiori*, los efectos de la querella no podían darse contra el testamento aprobado por el desheredado. Así opinaron Rodrigo Suárez (loc. últ. cit., n. 57, pág. 429 y ss.); Jacobo Valdés (loc. cit., R, vers. *Secundus casus est*, pp. 439 y ss.). Más limitadamente, Cevallos (Quaest. cit., nn. 73 y ss., p. 190 y s.) aceptó esta opinión si con los nietos concurrieren otros hermanos de su desheredado padre, pues el derecho de acrecer de éstos excluía a aquéllos del beneficio del *successorium edictum*.

(277) He ahí el planteamiento de Gómez: “Item quaero, si filius est juste exheredatus et exclusus a successione, et querela: quia causa ingratitudinis est probata, vel est exclusus a querela expresse, vel tacite per lapsum temporis, an admittatur nepos ex sua propria persona, et possit agere contra testamentum per querelam et ius dicendi nullum.”

(278) Hasta ocho razones expuso Gómez en favor del derecho de los nietos, pero las rechazó todas. De estas razones, tal vez la más fuerte, por ser la menos sofística, es la segunda: “quia filius exheredatus habetur pro mortuo”, “vel saltem habetur pro emancipato”. Pero la replicó arguyendo que: “quia filius exheredatus habetur pro mortuo, vel emancipato, quoad excludendum eum a successione patris, non vero quoad admittendum alium”.

(279) Febrero (op. cit., Lib. II, cap. I, § I, n. 20; cfr. ed. Madrid, 1781, vol. II, p. 17) da por presupuesta la solución, pues sólo plantea la colisión del derecho del extraño instituido heredero con el derecho de acrecer de los herederos forzados del coheredero desheredado. La opinión de García Goyena la acabamos de leer rotundamente expresada (cfr. *supra*, texto de la nota 274).

(280) Su carácter no normal de representación lo explica Sánchez Román, op., vol. y cap. últ. cit., n. 30, pp. 1.126.

lo ha entendido sin excepción nuestra doctrina (281), el art. 857 al hablar de los hijos del desheredado sólo se refiere a los descendientes legítimos (282) por estirpes del hijo o descendiente legítimo o natural desheredado. Además, abona esta solución el texto del art. 761, que tiene igual *ratio* y por ello debe entenderse aplicable analógicamente para interpretar el art. 857, pues el art. 761 dice así: "Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima."

En otros trabajos nos hemos ocupado de otras cuestiones que el artículo 857 plantea.

Así, hemos concluido que los nietos, hijos de un hijo supérstite justamente desheredado, no pueden ejercitar la acción de preterición aunque no hayan sido mencionados en el testamento en que el abuelo desheredó al padre (283).

Y que su derecho a la legítima material, en caso de concurrir con otros hijos o estirpes de hijos del testador no desheredados, queda limitado a su legítima corta o estricta (284).

En caso de que el descendiente desheredado hubiese percibido o percibiera del *de cuius* algo imputable a su legítima, conforme a las reglas normales de la imputación, su montante reducirá cuantitativamente el derecho de sus descendientes derivado de este art. 857 (285).

III) *Atribución de la porción legítima del desheredado, a falta de descendientes legítimos del mismo, en caso de tratarse de un descendiente.*

30. Si se trata de precisar el destino de la porción de la legítima del desheredado de la que éste queda privado, hay que partir de la relación parental que tenga éste con el desheredante.

1.º) Si se trata del cónyuge viudo, no hay cuestión: su cuota legal usufructuaria desaparece, lo que favorece a quienes tengan derecho a la nuda propiedad de la porción correspondiente.

2.º) Si se trata de descendientes sin descendencia legítima, o de ascendientes, si unos y otros tienen colegitimarios de su misma clase,

(281) Cfr. Manresa, op. y vol. últ. cit., art. 857, pp. 588 y s.; Sánchez Román, loc. últ. cit., p. 1127; Valverde Valverde, op. y vol. cits., cap. XIII, § II, p. 306; De Buen. *Notas* y loc. últ. cit., p. 319 y s.; Castán Tobías, op. y vol. últ. cits., tema LXVIII, pp. 377 y s.; Rovira Mola, loc. cit., VI, B, p. 269; Santamaría, op. y vol. cits., art. 857, p. 835; Puig Peña, loc. últ. cit., cap. XV, 7, p. 440; Bonet Ramón, "Compendio...", vol. cit., n. 130, p. 699.

(282) Notemos que conforme al art. 941 C. c. la representación sucesoria del hijo natural se circunscribe, según su interpretación prevalente, a sus descendientes legítimos (cfr. *supra* § III, n. 49, notas 123 y 124).

(283) Cfr. "El deber formal de instituir..." n. 16, d, loc. cit., pp. 55 y s.

(284) Cfr. "Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil", 5, d, y notas 25 y 26, en Rev. Der. Pri., LI, septiembre 1967, pp. 735 y s. En contra, Santamaría, op. y vol. cits., art. 857, p. 835.

(285) Cfr. *supra*, n. 9 *in fine*.

la porción de que han sido privados debe acrecer a estos colegitarios por derecho propio y no por derecho de acrecer propiamente dicho.

Así resultaba en el Derecho anterior al Código, según la explícita opinión de Antonio Gómez (286). La legítima del hijo justamente desheredado quedaba englobada en la de los demás porque aquél no debía ser computado en el número de los hijos (287). Las razones expuestas en defensa de esta solución tienen hoy vigencia: “Primo quia talis filius exheredatus pro mortuo, et perinde ac si non esset natus nec in rerum natura”. “Secundo..., quia per concursum plurium filiorum legitima reducetur... Sed in nostro casu, cessat esset concursum filiorum, qui possunt diminuere patrimonium patris, cum unus eorum, vel aliqui sunt exheredati...”.

Esta doctrina es la que refleja el art. 985 cuando dice que el derecho de acrecer entre los herederos forzosos sólo tendrá lugar, en su caso, en cuanto a la parte de libre disposición, y que los cohereдерos sucederán en la legítima “*por su derecho propio*”. Como dice Roca Sastre (288): “Diga lo que quiera el Código civil, aquí se produce en rigor un derecho de acrecer”. Lacruz Berdejo (289) explica que este artículo quiere decir es: “sencillamente, que hay que respetar la legítima, en la cual suceden en bloque todos los legitimarios aceptantes” (290).

3.) Si el desheredado es el único descendiente, o en el caso de ser desheredados todos los descendientes, podría plantearse si la legítima desaparecerá o bien si se producirá una especie de *successio graduum et ordinum*, que sitúe como legitimarios a los ascendientes

(286) Antonio Gómez, “Variae...”, Lib. I, cap. XI, n. 22, (ed. cit., p. 145): “Item quaero si filius sit juste exheredatus a patre, an illa pars, et legitima portio, quae sibi pertinebat, accrescat, et acquiratur aliis filiis, et per consequens computetur, vel non in numero liberorum ad augendam legitimam eorum: ut si pater habeat quinque, vel sex filios, et unum vel duo iuste exheredavit: ut remanent quator filii, et successores instituti...” “et breviter et resolutive dico, quod non debet computari in numero liberorum”.

(287) En el mismo sentido Gregorio López, gl. a las palabras “que ouiesen derecho de heredar” de la ley 1, tít. VIII, 6.^a P. (cfr. ed, y vol. cits., gl. 1, p. 562); Vázquez de Menchaca, “De successione creatione”, Lib. II, § XX, n. 205 (cfr. ed. cit., fol. 215 vto.); Jerónimo de Cevallos, “Speculum Practicarum Quæstionum Communium contra Communes”, “Quaest. 370, nn. 1 y ss. (cfr. ed. Toleti 1599, p. 469); Ayllón Lainez, “Addit...” cits., lib. I, cap. XI, n. 22 (cfr. ed. cit. p. 70).

(288) Roca Sastre, “Estudios...”, vol. II, cap. VII, pp. 249 *in fine* y s.

(289) José Luis Lacruz, “Derecho de Sucesiones-Parte general”, cit., § 207, p. 229. En igual sentido Puig Brutau, “Fundamentos...”, V-II, cap. III, 6, III, B, pp. 348 y s.

(290) No obstante que el art. 985 alude sólo a la vacante de la legítima por repudiación, pues es éste el único supuesto en que el acrecimiento legal por derecho propio se produce en primer lugar, mientras que en los supuestos de premoriencia y de incapacidad o desheredación, tienen lugar en primer término respectivamente el derecho regular de representación (cfr. “Distribución del derecho a la legítima”, nn. 4 y 5, loc. cit., pp. 732 y ss.) y el especial de los artículos 761 y 857.

supérstites. Pero, la designación de los ascendientes como legitimarios es *subsidiaria* y tan sólo se previene para el supuesto de inexistencia de descendientes legítimos, pero no para los casos de repudiación y desheredación o indignidad de éstos.

Así resulta de los siguientes argumentos:

a) La letra del texto del n. 2 del artículo 807: “*A falta de los anteriores*”. Es decir, a falta de hijos y descendientes legítimos: *No a falta de que reciban efectivamente la legítima, sino a falta de ellos mismos*.

β) Los antecedentes históricos del precepto en el Derecho de Castilla: Así la ley 6.^a de Toro, (1.^a, tít. VIII, Lib. V, Nueva Recopil. y 1, tít. XX, Lib. X de la Novísima) declaró que los ascendientes legítimos “por su orden e línea derecha suceden en testamento e abintestato a sus descendientes”, “en caso de que los dichos descendientes no tengan hijos o descendientes legítimos, o que hayan derecho de les heredar” (291). Y es de notar que esta ley corrigió la 1 tít. VI, Lib. III del Fuero Real que excluía a los ascendientes de toda legítima; pues disponía: “*Que si el hijo no tuviere descendientes legítimos ni otros hijos que tengan derecho a heredarles, pueda hacer de sus bienes lo que quiera... y no se lo pueda embargoar padre ni madre ni otro pariente*”. La ley 6 de Toro, por lo tanto, se redactó sobre la hipótesis anterior de la exclusión de los ascendientes, como legitimarios, aun en el caso de no tener el causante hijos ni descendientes, lo que

(291) Es decir, el precedente de “*A, falta*” del art. 807, n. 2, es el “*no tengan*” de la ley 6 de Toro, más rotundo aún.

La expresión “*o que hayan derecho a los heredar*” se refería a los hijos naturales respecto a la madre, según Diego Castillo (“Las leyes de Toro glosadas —Utilis et aurea glossa...” Methymnae Campi 1553— lex VI, glos. 7, fol. 55); “ut sunt filii naturales tantum: quae exclusis ascendentibus, succendent matri ex testamento et abintestato: prius vero ex testamento...” Antonio Gómez (“Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri”, lex VI, gl. 10, cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 32 vto.) opinó que dichas palabras comprendían los hijos naturales o espureos legitimados por subsiguiente matrimonio o por rescripto del príncipe “quae est persona quae possit excludere praedictos ascendentibus”. Ludovico Velázquez de Avendaño (“Legum Taurinorum... utilissima glosa sequitur”, ad. 1. 6, gl. 9, cfr. ed. Toleti 1588, fol. 13 vto.), opinó como Diego Castillo: “*O que hayan derecho a heredar. Ut quia filii naturales esent respectu matris quia sunt legitimi heredes et excluderent ascendentibus...*” En la versión del *Febrero* de García Goyena, Aguirre y Montalbán y de Vicente y Caravantes (“Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos” T. I —Madrid 1852— n. 1.155, pp. 359 y s.) se incluyen a los hijos naturales y espureos respecto de la madre y siempre a los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio que “se equiparan a los legítimos y como tales son de estimarse”. Téngase además presente —se añade como nota en la última edición— que según la ley 6, tít. 20, lib. 10 Novísima Recopilación, no teniendo el padre hijos o descendientes legítimos, puede dejar todo lo que quiera a su hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos por manera que éstos no son en el caso dicho herederos forzados...” (Ley 10 de Toro, según la cual el hijo natural, sin embargo, no era legitimario de su padre, pues sólo lo era de la madre conforme a la ley 9 de Toro).

muestra que su letra y su *ratio* coincidieron plenamente en su aplicación sólo en el caso de no tener hijos o descendientes.

γ) La opinión que se impuso con respecto a la inaplicación a la querella del *successorium edictum* parece prejuzgar esta cuestión, pues no resultaría razonable que los ascendientes fuesen de mejor condición que los descendientes de ulterior grado (292).

4.) A falta de colegitimarios y dado que no debe tener lugar la *successio graduum et ordinum*, la parte del desheredado, que tampoco deje descendientes legítimos, integrará el caudal hereditario libremente disponible, deferido conforme las normas del testamento del desheredante o, en cuanto lo que éste deje vacante, según las de la sucesión intestada (art. 912, n. 2º).

5.) En todos estos casos, como en el supuesto examinado en el epígrafe anterior (n. 29), si el desheredado hubiese recibido alguna donación normalmente imputable a su legítima, o el testador le hubiese asignado algún legado, modo u otra atribución, también normalmente imputable a la legítima, creemos que la desheredación no modifica su imputación. Por consiguiente, en estos casos el montante de tales liberalidades disminuirá la cuota que engrose la parte de los destinatarios de la porción que sin la desheredación sería la legítima del desheredado justamente.

(292) En Derecho romano un texto calificado por bastantes autores de *dificilis*, la ley *Pater filium*, ff. *De inoff. testam.* (Dig. II-V, 14) contempla un caso en que el testador había desheredado a sus hijos y preferido a su padre y en el que fue dictaminado que a éste le correspondía el ejercicio de la querella una vez resueltas desfavorablemente las correspondientes a los hijos desheredados.

Respecto al Derecho castellano, Alfonso de Acevedo, "Commetarii Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones", Lib. V. Tít. VIII, ley 1, n. 66 y 67, cfr. ed. Lugduni 1731, vol. III, pp. 241 y s.), después de reconocer a la vista de la ley 9 de Toro: "videbatur ex iis verbis nostri text. quod extraneo excluso patre esset admitendus, nam patrem praecessit illi legitimis testatoris, ergo pater non admittitur, ex text. nostra in iis verbis. *En caso de que los dichos descendientes no tengan hijos, etc.*", prosigue que, no obstante, por la citada ley *Pater filium*, había de aceptar la opinión contraria. Como él había opinado Juan Gutiérrez (loc. últ. cit.) e implícitamente Rodríguez Suárez y Matienzo (locs. cits., *supra*, nota 276), y opinaron Cevallos (Quaest. 101 cit., nn. 62 y ss., p. 188) y Antonio Pichardo de Vinuesa (V Institutionem Imperatoris Iustinianum Libros", Lib. II, Tít. XVIII, nn. 64 y s.; cfr. ed. Lugduni 1671, vol. I, p. 262). En el Derecho de las Partidas, igualmente Gregorio López (gl. a las palabras "que le deuissc heredar de derecho", gl. 4 de la ley 1.^a del tit. VII, 6.^a Part. ed. y vol. cits., pp. 435 y s.). El criterio de Juan Gutiérrez le vemos recogido aún por Febrero (op. cit., Pars. II, Lib. II, cap. IV, § I, n. 3, cfr. ed. Madrid, 1781, vol. II-II, p. 314), limitándola al caso de haberse instituido heredero a un extraño, pues en otro caso era claro que prevalece el derecho de acrecer de los hermanos del desheredado (cfr. Cevallos, n. 74, p. 190): *ius accrescendi excludit successorium edictum*.

Pero la solución, aparte de contradecir la letra de la ley 6 de Toro, tenía que resultar inaceptable para quienes interpretaban que el ejercicio de la querella no podía lograrse por el *successorium edictum* (cfr. *supra*, nota 276), ya que no sería lógico que los ascendientes fueran de mejor condición que los descendientes de ulterior grado.

C) *I.a desheredación en las regiones forales.*

31. La tendencia de las Compilaciones forales promulgadas ha sido la de no regular los requisitos ni las causas y su prueba de la desheredación, con lo que resultan aplicables en esta materia las normas del Código civil. Tan sólo, en alguna de estas Compilaciones, hay alguna disposición singular relativa a los efectos de la desheredación, especialmente de la injusta o sin causa. El Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra sigue el mismo criterio.

a) *Aragón.*

La desheredación había sido regulada por los cuatro Fueros de la rúbrica *De exhereditatione filiorum* (293) y, si bien su aplicación perdió importancia a partir de los Fueros *De testamentis nobilium* y *De testamentis civium* (294), lo cierto es que aquellos cuatro Fueros fueron mantenidos a continuación de estos dos en el Libro VI en la reforma de la Compilación acordada en 1547, y que algunos tratadistas tendieron a ampliar más que a restringir las causas de desheredación (295).

No reguló la desheredación (296) el Apéndice Foral, aunque pre-

(293) El Fuero 2º *De exhereditatione filiorum*, señaló las siguientes causas de desheredación: 1. Si el hijo hiriere o maltratare a su padre o madre. 2. Si fuere causa de que éstos perdieran sus bienes. 3. Si en público los trató de embusteros. 4. Si les arrastró por los cabellos. 5. Si les obligó a jurar.

El Fuero 1º no reguló la desheredación, sino que trató de la pérdida del derecho a ser dotada la mujer que contrae matrimonio sin la voluntad y consejo de los padres.

El Fuero 3º regula la *desafiliación*: 1º Si sabiendo el hijo que su padre está en cautiverio no le quiere rescatar. 2º Si viéndole en necesidad, no le socorre o ayuda, pudiendo hacerlo. 3º Si tuviese acceso carnal con la mujer legítima de su padre. La *desafiliación*, era de efectos mayores que la desheredación e inmediatos, pues significaba la rotura de los vínculos legales entre padre e hijo. Se tramitaba por comparecencia ante el Juez. Pero a partir, al parecer, del siglo XVIII ya se hallaba en absoluto desuso (cfr. Isabal, voz "Desafiliación", en "Enciclopedia Jurídica Española", vol. XI, pp. 835 y s.).

El Fuero 4º, a estos efectos, establece diferencias entre los actos de yernos y nueras y los de hijas e hijos.

(294) La amplia libertad de disponer entre los hijos, apartándolos en cuanto al padre placiere, quitó importancia a la desheredación; en especial según aquellos autores que habían entendido que podía apartarse con algo, aun sin causa, a! hijo único o a todos los hijos e instituir a un extraño. No siendo así, conservaba la desheredación interés en estos supuestos, así como para privar a un hijo de todo, incluso de los diez sueldos usuales o del "algo" exigido (cfr. Manuel Dieste y Jiménez, "Diccionario del Derecho civil Aragonés", voz "Desheredación" —Madrid, 1869— pp. 183 y s.).

(295) Cfr. Isabal, voz "Desheredación", "Enciclopedia..." y vol. cits., pp. 800 y s.

(296) En cambio, Luis Franco y López, en su "Adición" a la "Memoria sobre las instituciones civiles de Aragón" (Zaragoza, 1893) propuso regular la "Desheredación" en el Capítulo VIII del Libro III, arts. 145 a 150, señalando normas acerca de: la posibilidad de hacerse en testamento o en otro documento, pero siendo siempre revocable; sus efectos; la prescripción de la acción para reclamar contra la desheredación, que fijaba en un año; la edad

supuso su existencia al referir los efectos de la que “*no tenga causa legítima*” o hecha “*injustamente*” (art. 32); ni la regula la vigente Compilación que también alude a la “*injusta desheredación de todos los legitimarios*” (art. 122) y al “*descendiente injustamente desheredado*” (art. 123).

b) *Baleares.*

Excepto la exclusión de que en codicilo se pueda desheredar, que previene el art. 17, nada dice la Compilación civil de Baleares acerca de la desheredación, que antes se regía por la legislación justiniana (297), aparte de algún precepto autóctono de dudosa vigencia (298). Queda pues íntegramente incorporada al régimen de la desheredación del Código civil.

c) *Cataluña.*

32. Cancer (299) expresó por desheredación, “*poenam privationis legitimae, et successionis hereditatis parentum*”, de donde se ha tomado la definición de desheredar, como “eliminar expresa y nominalmente a un heredero forzoso, de la legítima y de todos los bienes del testador” (300).

Entre los Usatges trataron de la desheredación los *Exheredare* —conocido en su versión en catalán por *Usatje “Firam”*— y *Si quis filium* (301) tomados de las *Petri exceptiones* (Lib. I, cap. 15 y 18),

para poder ser desheredado (cfr. su *exposición*, pp. 69 y ss., y el articulado, pp. 178 y ss.).

(297) La desheredación de los descendientes se regía por el cap. III de la Novela CXV y la de los ascendientes por el cap. IV de la misma Novela (cfr. Luis Pascual González, “Derecho civil de Mallorca” —Mallorca 1951—, Tit. IV, cap. IV, sec. 6.^a, pp. 217 y s.).

(298) Matías Mascaró y Alberty (“Derecho foral de Mallorca” 3.^a ed. Palma 1904, pág. 167) alude al Privilegio dado el 20 de septiembre de 1460 por Juan II, a petición del síndico de Palma de Mallorca y Reino Dtr. D. Bartolomé de Veri, relativo a ser causa de indignidad para suceder y de desheredación de las hijas menores de veinticinco años, que éstas contrajeran matrimonio sin autorización de sus padres o abuelos. Pero si bien el Colegio de Abogados de Palma lo dio por vigente en 1881, lo cierto es que no lo recogían ni la Memoria de Ripoll ni los Proyecto de 1903, 1920 y 1949, siendo criterio general del Foro de Mallorca su no vigencia (cfr. Pascual González loc. cit., p. 218).

(299) Jacobo Cancer, “*Variarum Resolutionum Iuris Cesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathalauniae*”, Pars III Cap. XI, n. 1.^o (cfr. ed. Lugduni 1683, vol. III, p. 194).

(300) José Pella y Forgas, “Código civil de Cataluña”, arts. 848, 849 y 850, vol. IV --Barcelona s. f.— p. 11.

(301) Recogidos ambos como Usatje 1 en el tit. III del Lib. IV, que dice así: “Desheretar poden los dits Pares genitors lurs Fills, o Fillas, Nets, o Netas, si son tant presumptuosos, quel Pare, o Mare, Avi, o Avia greument firam, ols deshonren, ols accusen de crim en judici, osils Fills son fets bausadors, o si las Fillas no volran ajustar a Marits, mas turpament viuran, o sils Fills tornan Sarrahins, e no se volen penedir, tots aquests aytals manifestament convencuts, pot lo Pare, e la Mare, lo Avi, o la Avia desheretar sis vol. Si nengun vol

abreviaciones del Derecho romano entonces muy en boga (302), y sus disposiciones fueron complementadas con las disposiciones del Derecho romano, en especial los cap. III y cap. IV de la Novela CXV (303). La ley del Asentimiento paterno, sustituida por el art. 45 C. c., derogó el Privilegio de Jaime I de 1269 a Barcelona, en virtud del cual perdían sus derechos hereditarios, como si hubiesen muerto, los hijos que entrasen en religión sin consentimiento del padre (304). En lo demás las normas relativas a los requisitos de la desheredación eran semejantes en Castilla y en Cataluña, pues tanto la fuente inspiradora como el Derecho supletorio eran los mismos, es decir, las normas del Derecho romano (305). No es de extrañar, por ello, que la vigente Compilación no regule la desheredación y que sólo contenga respecto estas normas singulares, como son las siguientes:

1.^º No puede desheredarse en codicilo (art. 105, § 1.^º, inciso 3.^º).

2.^º En caso de desheredación justa de un legitimario se extingue su legítima individual, y si es legitimario único la extingue totalmente (art. 144, ap. 1 y 2). “En todos estos casos, la legítima será absorbida por la herencia sin que acrezca nunca a los demás legitimarios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130.” Y el artículo 130 dice que: “Para determinar la legítima individual entre, varios legitimarios hace número el que de ellos sea heredero, así como el legitimario que la haya renunciado, el que haya sido desheredado justamente y el declarado indigno de suceder al causante, sin perjuicio de que los hijos o descendientes legítimos del desheredado o declarado indigno, que sea hijo legítimo o natural del causante, tengan el derecho que les atribuyen los artículos 761 y 857 del Código civil.”

Hemos visto que, conforme al artículo 985 C. c., cuando no tuviere lugar el artículo 857, el derecho de los legitimarios no desheredados se extiende a toda la legítima. En cambio, vemos, aquí, que —conforme al art. 130 Comp. Cat.— la legítima individual se calcula incluyendo en el divisor al desheredado, pero el cociente que le hubiese correspondido no incrementa la porción de los otros legitimarios, sino que —si no actúa el art. 857— es absorbida por el instituido o instituidos herederos.

También hemos visto antes que esta cuestión fue discutida por los autores de Derecho común, habiendo sido decisiva en Castilla la opi-

desheretar Fill, o Filla, Net, o Neta, nomenadament los desheret, e diga la culpa per que los deshereta, e instituesca altre en son loc, qui haja a provar la causa del desheretament esser vera; e si una de aquestas cosas hi defall, no pot desheretar Fill, ne Filla, Net, ne Neta en nenguna guisa, e siu fa, va sera, e res no valra”.

(302) Cfr. Pella, loc. y pág. últ. cit.

(303) Cfr. Borrell i Soler, “Dret civil vigent a Catalunya” vol. V, § 510 (cfr. 1.^a ed. Barcelona 1923, pp. 445 y s.).

(304) Cfr. Borrell i Soler, loc. cit., nota 11, pp. 446 y s.

(305) Naturalmente, se dieron algunas diferencias de interpretación. Así, Fontanella (“Tractatus de pactis nuptialibus”, Cl. IV, gl. XXVIII, § 10 (cfr. ed. Lugduni 1667, vol. I, p. 528) opinó que cabía desheredar por otras causas mayores o similares a las previstas por la ley.

nión de Antonio Gómez favorable al acrecimiento de la cuota legítima del desheredado a sus colegitimarios. La misma interpretación, planteada en términos de si se contaba al desheredado para calcular la legítima de los demás, fue aceptada en Cataluña por Cáncer (306), quien al entender que no se contaba concedió que su parte incrementara la de los colegitimarios. Criterio seguido por Vives y Cebriá (307). Pero Durán y Bas (308) recogió la posición contraria, que sostenía el axioma "*Exheredatus numerum fecit ad augendam, et partem facit ad minuendam legitimam*", como interpretación de la ley 8, § 8.^o (Dig. V-II), apoyándose en la opinión de Maynz (309), uno de los romanistas que más influjo ha tenido entre los juristas catalanes modernos.

En cambio, el Tribunal Supremo había sostenido el criterio contrario en S. 29 abril 1886 que, aceptando los dos primeros motivos del recurso, casó la sentencia recurrida, afirmando, en el primero de sus considerandos, "que en la distribución no deben entrar los justamente desheredados, que son como muertos para este efecto al tenor de la ley 1, párrafo 5.^o, *De coniungendis cum emancipatio*, Digesto, y de la 17 *De inofficioso testamento*, Digesto", y que la sentencia recurrida infringía las leyes citadas "al declarar que lo que correspondió a D. Manuel Benet por legítima paterna es la dozava parte de la herencia, o sea un tercio de la cuarta y no la octava de la misma, o sea la mitad de la cuarta, habiendo habido sólo dos hijos capaces de suceder mediante la desheredación de la otra hija...".

Pero lo cierto es que la opinión de Durán y Bas respecto la parte del hijo desheredado se impuso en la doctrina (310) y ha sido recogida en los referidos artículos 130 y 144 de la Compilación.

d) Navarra.

33. El Fuero General de Navarra señaló diversas causas de desheredación de los descendientes (cap. VIII, tít. IV, lib. II; cap. I, tít. VI, lib. II; cap. I, tít. XX, lib. III) (311). No se señalaron causas

(306) Cáncer, op. cit., Lib. I, cap. III, n. 50 (cfr. ed. novissima Lugduni 1712): "filius juste exheredatus..., et omnes denique qui sunt incapaces successionis, non computatur in numero filiorum quoad hoc, ut faciant partem".

(307) Pedro Nolasco Vives y Cebriá, "Usatges y demás derechos de Cataluña", Lib. VI, tit. V, nota 1 (2.^a ed. Barcelona 1862, vol. III, p. 260).

(308) Durán y Bas, "Memoria de las instituciones del Derecho civil de Cataluña" (Barcelona 1883), Parte 6, cap. 4.^o, p. 200.

(309) Carlos Maynz, "Curso de Derecho romano", § 391 y nota 17 (cfr. trad. de Pou y Ordines —Barcelona 1888— vol. III, p. 417).

(310) Cfr. Guillermo M. de Brocá y Juan Amell, "Instituciones del Derecho Civil Catalán", § 740 *in fine* (cfr. 2.^a ed. Barcelona 1886, vol. II, p. 430); Borrell i Soler, op. y vol. cit., § 503, p. 415; Roca Sastre, "Estudios...", vol. cit., cap. VIII, p. 272.

(311) José Alonso ("Recopilación y comentarios de las Leyes y Fueros de Navarra", Lib. V, Tít. I, Ley XXI —cfr. ed. Pamplona 1944— vol. I, p. 337) resume las causas de desheredación del Fueno: 1.^o si el hijo hiere al padre o la madre; 2.^o si hace jurar a cualquiera de éstos por haberlos acusado el hijo

de desheredación de los ascendientes, puesto que en Navarra sólo los descendientes son herederos forzosos (312).

Una vez establecida la libertad de testar, con posterioridad al Fuen-
ro, por la cual bastaba dejarle al hijo la legítima foral, puramente
formal y simbólica, se estimó por algunos, como Morales (313), en
su "Memoria...", que no hay lugar a la desheredación y que no se
conoce caso alguno de ella; y por otros, menos radicalmente, se dice
que: "suele utilizarse muy poco la desheredación por causa legal, pues
lo que se hace es acudir a la institución de la legítima, evitando de
este modo dar al hijo el carácter de desheredado y tener que consignar
una causa, siempre desagradable y que va en desdoro no sólo de éste,
sino de la propia familia" (314).

Sin embargo, la desheredación con justa causa se ha estimado pre-
cisa: 1.) para excluir a algún hijo de su legítima foral (315); y
2.) para desheredar a los hijos del primer matrimonio en caso de
haberse contraído segundas nupcias, ya que conforme la ley 48 de las
Cortes de Navarra de 1765 y 1766, solamente si concurriera alguna
de las causas legales de desheredación podría apartarse de la herencia
a los hijos del primer matrimonio (316).

Se hizo ya notar la conveniencia de suplir las causas de Derecho
foral navarro por las del Código civil (317), criterio que siguieron los
Proyectos de Arvizu y Aizpún en 1930 y 1945, y que implícitamente,
por su silencio, sigue el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra
de 1950, pues únicamente alude a la desheredación en su ley 233,
inciso final, al disponer que "*concurriendo descendientes de dos o más
matrimonios, los del anterior no podrán ser apartados de la herencia
sino por justa causa de desheredación*", y en su ley 200, inciso final,
que habla de la privación del usufructo de fidelidad al cónyuge viudo
"*que por cualquier otra causa legal hubiere sido desheredado en el
testamento del cónyuge premuerto*". Criterio que sigue con mayor
precisión la Recopilación privada de 1967, en sus propuestas Leyes 231,

de algún delito; 3.) si los prendiese o agarrase por los cabellos; 4.) si el hijo
llamase a su padre o madre traidor probado o mesiello (que quiere decir hombre
ruin o mujer de mala vida) ante hombres buenos; 5.) si imputare a sus padres
algún crimen; 6.) si injuriare gravemente a su madre. En cambio, como dice
Lacarra ("Instituciones de Derecho Civil Navarro", arts. 848 a 852 —cfr. ed.
Pamplona 1932— vol. II, pp. 234 y s.), no es ya motivo de desheredación el ma-
trimonio clandestino de las hijas, "porque esta clase de matrimonio no existe".

(312) Cfr. Alonso, loc. cit., p. 338.

(313) Antonio Morales "Memoria...", (cfr. su referencia en "Derecho civil
vigente en Navarra" de la Biblioteca Judicial, vol. II —Madrid 1888— p. 142).

(314) Cfr. José Miguel Arriaga y Sagarra, "Libertad de testar, legítima
foral y desheredación en el Derecho Navarro" (Pamplona 1948), cap. V,
pp. 27 y s.

(315) Ss. 28 junio 1864, 26 noviembre 1866 y 2 enero 1946. Cfr. Lacarra,
op. y loc. cit., pp. 234 y s. y Arriaga, loc. cit., p. 29.

(316) Cfr. Alonso, loc. últ. cit., pp. 338 *in fine* y ss.; Lacarra, loc. últ. cit.,
pp. 235 y s.

(317) Cfr. Arriaga, loc. últ. cit., p. 30.

§ 4.º, para los hijos de un anterior matrimonio (318), y 213, § final, para el usufructo de fidelidad (319).

Los autores del Proyecto particular de 1957 (320) han comentado que: "La doctrina de la desheredación es aplicable en Derecho navarro, además del supuesto de privación del derecho de usufructo de fidelidad, al caso de privación de derechos a los hijos de anterior matrimonio." Y que: "Las causas de desheredación contenidas en F. G. (2, 4, 8; 2, 6, 1, y 3, 20, 1) y en el Derecho romano (Nov. 115, 3) resultan anacrónicas; y por ello, la práctica ha recibido las establecidas en el C. c. (arts. 852 y 853). Asimismo es aplicable la doctrina del C. c. en cuanto a la prueba y requisitos de la desheredación (arts. 848 al 851), pero con la salvedad indicada en el texto de esta ley 231, de que en Derecho navarro pueda hacerse la desheredación en testamento o en pacto sucesorio."

e) *Vizcaya.*

34. El Fuero de Vizcaya ni reguló ni verdaderamente previó la existencia de la desheredación propiamente dicha. Por eso los principales tratadistas de Derecho vizcaíno no han dicho nada de ella. Incluso se ha afirmado que Vizcaya no conoce la desheredación, pues tiene el apartamiento que no requiere la expresión ni la existencia de causa (321).

Algunos autores (322) han entendido que la ley XXII del Título XXXIV del Fuero establecía la posibilidad de desheredar, remitiéndose, en cuanto a la regulación, al Derecho común, al decir "... o cometiere otras causas de ingratitud, por las cuales el Derecho manda desheredar...". Pero lo cierto es que esta ley a lo que se refiere es a la revocación de donaciones o dotes y a la institución de heredero establecida en capitulaciones matrimoniales. Es decir, en este caso, a la revocación de una sucesión contractual, y, en los otros, a la de donaciones, siendo aquélla y éstas irrevocables de no concurrir esas

(318) Ley 231 § 4: "Se entenderán legalmente desheredados los hijos que lo hubieran sido en testamento o pacto sucesorio por cualquiera de las causas de los artículos 852 y 853 del Código Civil."

(319) Ley 213, § final: "Tampoco tendrá derecho de usufructo el cónyuge al que el otro hubiese privado de su derecho por cualquiera de las causas del artículo 855 del Código civil."

(320) Juan García Granero, José Javier Nagore Yarnoz, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D'Ors Pérez-Peix, José Javier López Jacoiste, José Arregui Gil, "Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra", Pamplona 1967, Comentario a la Ley 231, pp. 159 y s.

(321) Aluden a esta opinión —que critican— Isabal, voz y loc. cit., *Vizcaya*, p. 814; Francisco Javier de Arcillona y Landesa, "Erróneas interpretaciones dadas a la Jurisprudencia vizcaína del Tribunal Supremo", en A. D. C. XII-II (abril-junio 1999), p. 676; José María de Esjavierría, "El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya", X, en Estudios de Deusto VII, núm. 14, julio-diciembre 1955, p. 432. Los dos últimos califican dicha opinión de *ligeriza*.

(322) Cfr. Arcillona, loc. y pág. cit.; Esjavierría, loc. últ. cit., p. 433.

causas de ingratitud, que sancionó el Fuero al ordenar que “*pierda el tal Fijo o descendiente, pariente, o donatario la tal herencia, o bienes, que así le fueron dotados y donados*”.

Sin embargo, dado que la libertad de disponer en Vizcaya se concreta sólo dentro de cada grupo de herederos forzosos, es muy cierto que para privar de la herencia al único, o a todos los herederos, de uno de los grupos, si hubieran incurrido en ingratitud, no le puede caber al causante otro recurso sino el de utilizar la desheredación, regulada por el Derecho común (323). Si esta es aplicable al ya designado heredero en forma contractual, tanto más debe serlo al que no lo haya sido aún.

Por lo demás, se ha afirmado (324) que “en la práctica, aunque no sea muy usada, la desheredación se considera subsistente”.

Por eso, ante el silencio de la Compilación, parece que deberá aplicarse supletoriamente, para esos casos, lo dispuesto por el Código civil.

III) LA DESHEREDACION INJUSTA

A) *Introducción histórica.*

35. El Derecho romano no conocía la desheredación injusta hasta que apareció la *quarella inofficiosi testamenti*, es decir, la querella por causa de testamento en el cual el testador infringía su *officium pietatis* (325). Como expusimos antes (n. 5), esta debió iniciarse a fines de la República, fue desenvuelta en la práctica por el Tribunal de los *Centunviri* y aparece como estable en tiempos de Trajano (326). El Tribunal de los Centunviri fue palestra de los virtuosos de la retórica, quienes podían impresionar a los miembros de los Tribunales que no eran juristas describiendo, a imitación de los griegos, el testamento impugnado como obra de un loco (*a furiosum factum*), que obró *coloris insaniae* o *non sancae mentis*. Aunque los juristas clásicos sabían muy bien que *testamentum inofficiosum* y *testamentum a furioso factum* eran fundamentalmente distintos, es lo cierto que, en tiempos postclásicos, la influencia de los escritos retóricos dio lugar a la interpolación de algunos pasajes clásicos del Digesto, donde hallamos la expresión *color insaniac* (327).

(323) Cfr. Isabal, loc. últ. cit.; Arcillona, loc. y pág. cit.; Esjaverría, loc. cit., pág. 434 y, en especial, nota 43 de dicha pág., y n. XIII, p. 451. Estos dos últimos autores también daban valor a la exclusión, que la desheredación permitía, de la *tierra de aportación* del Fuero.

(324) Esjaverría, loc. cit., p. 434.

(325) Cfr. Schulz, op. cit., § 478, p. 263.

(326) Schulz, § 478, p. 263.

(327) Schulz, § 485, pp. 265 y s. Muestra que los juristas se percataron de tal distinción el texto de Marciano (Dig. V-II, 2) que en su inciso 2º aclara: *Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.*

Podían ejercitarse la *querella* los descendientes, los ascendientes y los hermanos o hermanas (328). Su derecho consistía en obtener una declaración judicial que invalidara el testamento rescindiéndolo —“*rescindit testamentum*” (329)—, lo que daba lugar a que el impugnante recibiera no sólo su cuota legítima, sino su entera cuota *ab intestato* (330): “*Eam de inofficio testamento patris querentem totam hereditatem obtinere posse, non ambigitur*” (331).

Sin embargo, la apertura de la sucesión intestada, en virtud de la invalidación del testamento, podía no ser total en ciertos casos de pluralidad de instituidos o de legítimarios; como eran (332):

1.) El supuesto de pluralidad de herederos instituidos en perjuicio de un hermano, cuando sólo alguno de aquéllos fuera *turpis personae*; o siempre que, por cualquier razón, la *querella* de un legítimo prosperase contra algún heredero y fracasase contra otro.

2.) En caso de pluralidad de legítimarios injustamente desheredados, si sólo uno de éstos ejercitare con éxito la *querella*.

3.) Si entre los instituidos sujetos a la acción de la *querella* hubiese algún legítimo que no recibiera mayor porción de la que *ab intestato* le correspondiere.

Como Bonfante (333) resumió, la *querella* en Roma “tiene un carácter pre-judicial; con ella se obtiene la rescisión del testamento, después de lo cual, el legítimo podrá pedir su cuota con la *hereditatis petitio ab intestato*”; y el testamento “puede ser rescindido tanto total como parcialmente; en esta segunda hipótesis se tiene una nueva excepción al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus...*”

La *querella* prescribía a los cinco años (334), contados desde la adición de la herencia (335), aun en el caso de que el impugnante poseyera los bienes; plazo que el juez podía prorrogar en casos extraordinarios (336).

El derecho a ejercitarse la *querella* no se transmitía por muerte de su titular si éste no hubiese preparado su ejercicio (337); salvo si se tratare de un descendiente injustamente desheredado quien *iure sanguinis* lo transmitía a sus descendientes (338). Pero el desheredado, ni sus herederos ni descendientes, podían ejercitárla, en caso de renuncia a la acción por el mismo desheredado o de su aceptación del

(328) Cfr. Schulz, § 479, pp. 263 y ss.

(329) Cfr. Dig. V-II, 8, § 16 (“*rescissum est*”) y 17 pr. (“*resciso testamento*”).

(330) Cfr. Windscheid, op. cit., § 584, ed. y vol. cits., p. 261.

(331) Cod. III-XXVIII, 22.

(332) Cfr. nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio”, I, § 5, y notas 152 a 155, cfr. ed. sep., pp. 45 y ss., y A.D.D. IV-II, pp. 462 y ss.

(333) Bonfante, “Instituciones de Derecho romano”, § 218, cfr. trad. castellana, Madrid 1929, pp. 627 y ss.

(334) Cod. h. t., 16 y 34 *in fine*, Dig. h. t., 8, § 17, y 9.

(335) Cod. h. t., 36, § 2.^o

(336) Cfr. Windscheid, op. y vol. cits., § 585, b, p. 268.

(337) Windscheid, § 585, c), p. 269.

(338) Cod. h. t., 34 y 36, § 2.^o, inc. final.

testamento, tanto si fue expresa como tácita, v. gr., por la aceptación de un legado (339).

36. El régimen de *rescisión del testamento* por el ejercicio victorioso de la *querella* fue convertido por el emperador Justiniano —Novela 115, cap. III, § 14, y cap. IV, § 9— en sistema de *rescisión solamente de la institución de heredero* (340), manteniéndose válido el restante contenido del testamento (341).

Sin embargo, hubieron supuestos en los cuales —conforme el desarrollo de esta doctrina por los autores de Derecho común— algunos legados pudieron resultar invalidados, o bien en los que, por el contrario, la parte de la institución que excediese de la legítima del injustamente desheredado podía sostenerse como fideicomiso.

No se estimaron válidos los legados dispuestos a favor del mismo hijo que ejercitó la querella (342). La cuestión había sido discutida por la glosa y por los primeros comentaristas al ocuparse de la *Authentica "Ex causa"*, pero acabó imponiéndose la opinión de Bartolo (343), Baldo (344), Paulo de Castro (345) y Jasón (346). Según ésta: no cabía estimar razonable que lo dejado por el testador a un hijo para disminuirle su porción en la herencia pudiera servir para acrecentársela, dándose el absurdo de que el desheredado tuviese mayor parte que el instituido; y, puesto que el desheredado que exige un legado no puede luego impugnar el testamento, a la inversa, si impugna éste, no debe poder exigir después el legado. Más tardíamente

(339) Cfr. nuestro trabajo “Cautelas de opción...”, I, A, a, α), loc. cit., pp. 436 y ss.

(340) Nov. CXV, cap. III, § 14, inciso antepenúltimo: “*Si autem haec observata non fuerint, nullum exhereditatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuado, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire...*”. Análogamente para la desheredación injusta de los ascendientes, cfr. el cap. IV, § 9, inciso 2.^o

(341) Prosigue el cap. III, § 14, inciso penúltimo: “*Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicomissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinquuntur, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia inbemus adimpleri, et dare illis quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*”. En parecidos términos, respecto de los ascendientes, cfr. cap. IV, § 9, inciso 3.^o

(342) Cfr. nuestro trabajo “Cautelas de opción...”, I, A, a, β), y notas 51 y ss., loc. cit., pp. 437 y ss.

(343) Bartolo de Saxoferrato, “In Secundam Codicis Partem Commentario”, Lib. IV, tit. De Liber paret., Auth. *Ex causa*, n. 19 (cfr. ed. Augustae Taurinorum 1589, fol. 32 vto.).

(344) Baldo de Ubaldis, “Commentaria in sextum Codicis Libris”, Tít. *De liber. praet.*, Auth. *Ex causa*, n. 60 (cfr. ed. Lugduni 1585, fol. 104).

(345) Paulus Castrensis, “In Secundam Codicis Partem Commentarium”, Tít. *De liber. praet. (Cod. VI-XXVIII)*, Auth. *Ex causa*, n. 15 (cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 70 lin. final y 70 vto.).

(346) Jason del Mayno, “Secunda super Codicis”, “*De liber. praet.*”, Auth. *Ex causa*, n. 15 (cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 129 vto.).

Amato (347) precisó que si el hijo legatario impugnase la institución, su legado debía imputársele en la porción que le correspondiera ab intestato. Es de entender —creemos— que tan sólo en cuanto no excediera de ésta.

Pudo valer en parte lo dejado a título de herencia a los instituidos, a pesar de rescindirse la institución de herederos en virtud de la *querella*, si el testamento contenía cláusula codicilar. Esta doctrina fue desarrollada por la glosa de Imola, Aretino y Jasón a la ley *Filiū patri* (Cod. III-XXVI, 16) y las opiniones de Fulgosio, Alejandro, Bartolo, Baldo y Alberico (348).

La citada ley *Filiū patri* 16, Cod. III-XXXVI, en su segundo apartado, parece, en efecto, admitir que aun cuando la voluntad del padre en su testamento fuese deficiente por inoficiosa y, por ello, hubiere lugar a la sucesión intestada, el juez debe atenerse a su voluntad en el juicio de partición de la herencia (349).

Como luego veremos, la eficacia al respecto de las cláusulas codicilar y *valere omni meliori modo quo possit*, expresas o sobreentendidas, fue ampliamente recogida por los autores españoles.

37. Las Partidas recogieron la doctrina romana sobre la desheredación injusta, consignándola en las leyes 1, 4, 6 y 7, tít. VIII, 6.^a Partida.

La ley 1, tít. VIII, 6.^a P., en la parte relativa a la desheredación injusta, dice: “El fijo, o el nieto del testador, o alguno de los otros que descinden del por liña derecha, que ouiesen derecho de heredarle si muriese sin testamento; si lo ouiesen desheredado a tuerto, e sin razon, puede fazer querella delante el Juez, para quebrantar el testamento en que lo ouesse desheredado: e el Juez deue oyr su querella, e fazer emplazar al que es establescido por heredero en el testamento de su padre; e si fallare que fue desheredado a tuerto, o que en el testamento non fue fecha mencion del, deue el judgar que tal testamento non vala, e mandar entregar la herencia al fijo, o al nieto, que se querello. E tal demanda como esta es llamada en latin, *Querela inofficiosi testamenti*, que quier tanto dezir, como querella que se faze de testamento que es fecho contra oficio de piedad, e de merced, que el padre ouiera auer del fijo” ... “E lo que diximos en esta ley de los

(347) Antonius de Amato, Panormitano, “Variae Resolutiones Iuris Forenses et Practicabiles”, Pars I, Resolut. XXXVI, n. 26 (cfr. ed. novissima Lugduni 1668, p. 148).

(348) Cfr. Antonio Gómez. “Opus praeclarum... super Legibus Tauri”, Ley III, nn. 62, 64, 65 y 75 (cfr. ed. Salmanticae 1571; fol. 16 y s., y la cita de la ed. Lugduni 1701, pp. 139 y ss., en nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio”, I Parte, nota 173, ed. sep., p. 57, y A.D.C. últ. cit., p. 473).

(349) Cod. III-XXXVI, 16: “*Filiū patris testamentum rescindendi si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. Sed et si tam circa testamentum, quam etiam codicillos iudicium eius dificiat, verum quibuscumque verbis voluntas eis declarata sit, licet ab intestato ei fuerit successum, ex senatusconsulto retentionis modo servato, familiae erciscundae iudicio aditum indicem sequi voluntatem patris oportere, iuris auctoritate significatur.*”

descendientes, entiendese tambien de los ascendientes que fuessen desheredados a tuerto, e sin razon; o si non fuese fecha ninguna mención dellos en el testamento de los descendientes.”

La ley 4, en sus tres últimos incisos, precisa: “Otrosi dezimos, que si alguno fuese desheredado, callasse, e non querellasse fasta cinco años despues que el heredero ouiesse entrado en la heredad del testador, que de los cinco años en adelante non se podria querellar; e maguer se querellasse, queriendo mostrar razon por que non deuia ser desheredado, non deue ser oydo. Fueras ende, si fuese menor de veinte e cinco afios. E este atal puede fazer tal querella fasta que sea de edad cumplida, e aun en los quatro años que se siguen despues.”

La ley 6 precisa que: “En cualquier manera, que otorgasse, o consintiesse el fijo, o el nieto, el testamento en que le ouiessen desheredado, assi como si le ouiessen dexado manda en el, o a su fijo, o a otro alguno que fuese en su poder, e la recibiesse, o si el fuese Abogado, o Personero, en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuessen en el escritas; o consintiesse en el testamento en alguna otra manera semejante destas, non podria despues querellarse, para quebrantar el testamento, nin deue ser oydo.”

Y la ley 7, del mismo título y Partida, añade: “Quebrantado seyendo el testamento por alguna de las razones sobredichas en las leyes deste titulo, tal fuerza ha este quebrantamiento, que luego que la sentencia es dada por el Juez para quebrantarlo, si non se alçare, o alçandose, si fuere dado el juycio de alçada contra el heredero, contra quien fuere dada, pierde porende aquella parte en que era establecido por heredero. Fueras ende, si fuese fijo, o nieto del que fiziesse el testamento. Ca estorice este atal, maguer se quebantasse el testamento por querella de alguno de sus hermanos, aura la su parte, que deuia auer segun derecho. Otrosi dezimos, que comoquier que el fijo, o el nieto, que fuese desheredado en el testamento, lo quebrantasse por algunas de las razones sobredichas, con todo esso las mandas que fueron y escritas, e las libertades, que fuessen y mandadas, e otorgadas a los sieruos, non se embargan, nin se desatan por esta razon. E sobre todas las razones que auemos dichas en este titulo, dezimos que el yerro que el padre pusiere al fijo en el testamento para desheredallo, quel heredero que establescire, es tenudo de lo probar, assi como diximos en el titulo de los desheredamientos.”

38. La ley 24 de Toro aplicó esta doctrina a las mejoras: “Cuando el testamento se rompiere, o anulare, por causa de preterición, o exheredación, en el cual ovriere mejoría de tercio o quinto, no por eso se rompa, ni menos deje de valer el dicho tercio e quinto, como si el dicho testamento no se rompiese.”

Esta ley también quitó todo interés a la duda, que la ley 10, tít. VII, 6.^a Partida había alentado, acerca de si la desheredación hecha *sin expresión de causa* equivalía a la preterición y daba lugar a la nulidad

y no a la rescisión del testamento, opinión que Covarruvias había mostrado que carecía de consistencia (350).

En torno a estas citadas leyes giraron, como es natural, los criterios de los autores de Derecho castellano.

1.^º) *En cuanto al ejercicio de la querella* se explicó (351) que podía verificarse: por modo de acción o mejor de imploración al juez para que rescinda la institución y poder suceder *abintestato*; o bien, por modo de excepción o reconvención si el hijo desheredado se hallara en posesión de los bienes y el heredero escrito ejercitara contra él la acción *petitio hereditatis*. Se afirmó, incluso, “*quod querella non est actionis nomen*”: “*Sed est causa et ratio, et titu ex quo hereditas petitur*” (352).

El plazo de cinco años de prescripción (353) era aplicable a ambos modos de ejercicio (354), y su cómputo debía contarse desde la aceptación de la herencia por el heredero contra quien se ejercitase, aun a pesar de la ley del Ordenamiento en virtud de la cual no era necesaria la aceptación de la herencia para la subsistencia de las disposiciones testamentarias (355).

Conforme a las citadas leyes del Código (III-XXVIII, 36, § 2.^º) y del Digesto (V-II, 6, 7 y 8) se admitió que la *querella* sólo se transmitía: a los hijos y descendientes *iure sanguinis*, aunque en vida no hubiese sido iniciada ni preparada por el hijo; y a los herederos extraños solamente en caso de que el hijo en vida la hubiese preparado (356). Pero la transmisión *iure sanguinis* a los descendientes, se limita a los de los hijos injustamente desheredados, no a los de los ascendientes o hermanos pospuestos a *turpis personae* (357).

2.^º) *En cuanto al título de adquisición del querellante victorioso*, vemos que Gregorio López reiteradamente insiste en que la parte que se le entregará es la que le corresponda *ab intestato* (358).

(350) Cfr. “El deber formal de instituir herederos...”, n. 9, notas 88 a 90, loc. cit., p. 23.

(351) Cfr. Gregorio López, gl. a las palabras “*pueda fazer querella delante el Juez*” de la cit. ley 1, gl. 2 del tít. VIII, 6.^a P. (ed. y vol. cits., p. 562), y Antonio Gómez, “Variae...”, Lib. I, cap. XI, n. 20 (ed. cit., pp. 143 y s.).

(352) Cfr. Diego Spino. “*Speculum Testamentorum*”, gl. XX *principalis*, n. 80 (cfr. ed. Francofurti ad Moenum 1690, p. 854).

(353) Cfr. Antonio Gómez, op. y cap. últ. cits., n. 16, p. 142).

(354) Gómez, n. 20, vers. *Unum tamén* (p. 144).

(355) Cfr. Gregorio López, a las palabras “*después que el heredero ouiesse entrado en la heredad*” de la cit. 1. 4, gl. 22 del tít. VIII, 6.^a P. (pp. 564 y s.), y Antonio Gómez, op. y cap. últ. cits., n. 18 (n. 142).

(356) Cfr. Gómez, n. 17 (p. 142), Spino, op. y gl. cits., n. 89, pp. 859 y s.

(357) Cfr. Diego Castillo, “*Las Leyes de Toro glosadas*”, lex XXIV, 1. 29, *Limitat.* 1 y 2 (cfr. ed. Mathynae Campi 1553, fol. 109 vto.).

(358) Gregorio López, gl. a las palabras “*e mandar entregar la herencia*”, de la cit. 1. 1, gl. 7 al tít. VIII (p. 563) y gl. a las palabras “*aura la su parte, que deuía auer según derecho*” de la 1. 7 cit., gl. 42 al tít. VIII (p. 569). Andrea Angulo, op. cit., lex 8, gl. 4, nn. 6 y 7 (fol. 172 vto.). Tello Fernández, “*Cons-*

Sin embargo, se precisa que no se daba la querella contra quienes fueran sucesores legítimos y no tuvieran asignado más de lo que les correspondía ab intestato (359). Por tanto, la institución podía rescindirse sólo en parte (360). Esa posibilidad de vencer sólo en parte en el ejercicio de la querella, dio lugar a que se plantease quién debía satisfacer los legados ordenados (361), resolviendo Salgado de Somoza (362) que debían satisfacerse a prorrata por el querellante que venció a un heredero escrito y por el otro instituido que venció a aquél.

3.^o) *Respecto la ineficacia de los legados dispuestos a favor del querellante*, Gregorio López (363) recogió la opinión de Bartolo en este sentido. Diego Castillo (364) y Palacios Ruvios (365), Antonio Gómez (366) y otros autores (367) la extendieron a la mejora a título de legado de tercio y quinto ordenada a favor del hijo que interpuso la querella.

4.^o) *Relativo al alcance de la ley XXIV de Toro, al ordenar la validez de las mejoras de tercio y quinto no obstante la rescisión de la institución*, se discutió si sólo valían las dispuestas a título singular o también las que se hubieren dispuesto a título universal:

a) En el supuesto de no haberse puesto de modo expreso en el testamento la cláusula codicular ni la *valere omni meliori modo quo possit* debemos subdistinguir tres supuestos:

I) *Disposición del quinto a favor de un extraño*: Se consideró sólo válida tal atribución si se hacía a título de legado, e inválida si era otorgada a título de institución (368).

titutionum Taurinas Utilis Interpretatio", lex XXIV, n. 3 (ed. Granatae 1566, fol. 194).

(359) Cfr. Gregorio López, gl. 7 cit. a la ley 1, tít. VIII, P. 6.^a (p. 563).

(360) Cfr. Antonio Gómez, "Variae...", cap. últ. cit., n. 15 (p. 142).

(361) Gregorio López, gl. a las palabras "las mandas" de la cit. l. 7, gl. 46 del tit. VIII (p. 570).

(362) Salgado de Somoza, "Labiryntus creditorum concurrentium", Pars II, cap. XI, nn. 38 y 39 (cfr. ed. Lugduni 1757, pp. 403 y s.).

(363) Gregorio López, gl. últ. cit.

(364) Diego Castillo, op. cit., lex XXIV, n. 2 (fol. 115 y vto.).

(365) Juan López de Bivero o de Palacios Ruvios, "Glossemata ad leges Tauri", lex XXIX-XV, ap. 2.^o y ss. (cfr. "Opera Omnia", ed. Antuerpiae 1616, p. 587).

(366) Antonio Gómez, "Opus... super legibus Tauri", I. XXIX, n. 3, § *Sed his non obstantibus ego teneo*, caso Secundo, vers. *Sed his non obstantibus contrarium est tenendum* (fol. 90 vto. *in fine* y 91).

(367) En este sentido, Matienzo, op. cit., Lib. 5, tít. 6, ley VIII, gl. III (fol. 155 vto.); Angulo, op. cit., lex 8, gl. 4, n. 6 (fol. 170 y vto.); Tello Fernández, op. y lex cits., n. 3 (fol. cit.).

(368) Cfr. Gregorio López, gl. a las palabras "lo quebrantasse", vers. penúltimo de la ley 7, tít. VIII, 6.^a P., o gl. 45 al cit. tít. VIII (ed. cit., p. 570); Luis de Molina, S. I., op. cit., Tract. II, Disp. CXXXII, n. 7, vers. *Quod si apposita non esset clausula illa* (ed. y vol. cits. p. 270); Alfonso de Acevedo, "Commentarii Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones", Lib. V, Tít. IV,

II) Disposición de mejoras a favor de hijos también instituidos en el remanente: En general los autores consideraron que en este caso, tanto si la mejora se hubiese otorgado a título singular como universal, era válida, ya sea entendiendo que en este último caso tal institución significaba un prelegado (369), o simplemente dado el valor codicilar atribuido al testamento dispuesto a favor de los hijos (370). Pero contra este criterio se manifestó Angulo (371), quien alegó que en los supuestos de preterición y de desheredación injusta no podía presuponerse tal cláusula tácitamente, pues la ley ordenaba que la herencia se distribuyera entre los hijos por partes iguales (372).

III) Disposición de mejora a favor de un hijo no instituido en el remanente, si otro desheredado injustamente ejercita la querella. Es decir, si un padre que tenía tres hijos desheredó injustamente a uno, instituyó heredero a otro y mejoró en tercio y quinto al tercero. Tres posturas se observan entre los autores:

— Palacios Ruvios (373) distinguió según que al mejorado y no instituido en el remanente: se le hubiese atribuido la mejora a título universal, supuesto en el cual la consideró inválida; o a título singular, caso en el que estimó que el hijo mejorado era llamado abintestato con los demás y que era además prelegatario de la mejora.

— Matienzo (374) aplicó esta segunda solución a los dos supuestos.

— Y Antonio Gómez (375), en ambos, imputó la mejora a la legítima del mejorado, convertido en heredero abintestato, y sólo sostuvo la mejora en el remanente de tercio y quinto no cubierto por la cuota hereditaria, lo que estimó más de acuerdo con la verdadera intención del disponente.

IV) En cuanto a la porción que deben recibir los hijos instituidos desigualmente o por partes iguales y el desheredado injustamente, no habiendo mejoras expresas:

Antonio Gómez (376) estimó que invalidada la institución y aplicada la sucesión intestada, los hijos instituidos herederos universales

lex 1.^a, gl. 152 y 153 y tit. VI, lex 8, gl. 4 (cfr. ed. Lugduni 1738, t. III, pp. 112 y 181).

(369) Cfr. Palacios Ruvios, op. cit., nn. XII y XIII (p. 586); Antonio Gómez, "Opus supra legibus Tauri", lex XXIX, n. 3, vers. "Sed contrarium est dicendum", fol. 90 vto.

(370) Cfr. Antonio Gómez, loc. ult. cit., n. 3, vers. "Sed salva hanc tanti Doctoris" (fol. 91 vto.).

(371) Angulo, op. cit., lex VIII, gl. II, n. 7, (fol. 167 vto. y s.).

(372) La Nov. CXV, cap. III, § 14, vers. penúltimo, dice: "ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire".

(373) Palacios Ruvios, op. y lex cits., n. XI, ap. 2 y 3, y n. XIV, respectivamente. Le sigue Angulo, n. 7 en rel. n. 3, gl. cit., fol. 166 vto. y 167 vto.

(374) Matienzo, lex ult. cit., gl. I, nn. 7 y 8, fol. 155.

(375) Gómez, lex ult. cit., n. 4, (fol. 91 vto. y s.). He ahí su solución: "tales filius melioratus habeat legitimam ab intestato, et in super illud plus et residuum usque ad complementum tertii et quinti, quod tenentur alii fratres sibi restituere pre viam praelegati et fideicommiss".

(376) Gómez, op. ult. cit., lex III, n. 86, vers. "Quartus effectus" (fol. 18 vto. in fine y s.).

o los instituidos en mayor porción que la legítima debían recibir, por vía de prelegado o de fideicomiso, la parte asignada en el testamento de sus coherederos, es claro que una vez salvadas las legítimas estrictas de los demás. Y el jesuítica Luis de Molina (377) explicó que los hijos instituidos se consideraban mejorados en los bienes de los que el padre pudo disponer libremente y que el injustamente desheredado debía entregarles por vía de fideicomiso lo que ab intestato recibiere de más de su legítima.

El razonamiento en favor de este criterio, se apoyaba: En la ley *Filiū patris* (378), Cod. *De familiae erciscundae* (Cod. III-XXXVI, 16), de la que se deducía que, en esos casos, se sucedía *ab intestato*, pero según las partes determinadas en el testamento (379). Y el valor codicilar del testamento *inter liberos* (380). Razones de las que, según hemos visto, discrepó Angulo (381).

b) *En el supuesto de haberse puesto la cláusula codicilar expresa*, no ofreció duda que el injustamente desheredado debía restituir, en todo caso, lo que excediese de su legítima estricta a los descendientes del testador instituidos en mayor porción (382) y el quinto al extraño instituido heredero (383).

5.^o) *Con referencia a los supuestos en que la querella se entendía renunciada y no podía ejercitarse*, tenemos la respuesta dada en la ley 6, tít. VIII, 6.^a Partida —antes transcrita en lo pertinente—, que siguió el criterio dominante en el Derecho común.

B) *En el Código civil.*

a) *Génesis del artículo 851 C. c.*

39. Al aproximarse el período codificador, se mantiene la doctrina tradicional. Sólo se pone en duda por algunos el valor de la cláusula codicilar, expresa o tácita, que muchos rechazan como una anticualla (384).

(377) Luis de Molina, S. I., op. y Tract. cits., Disp. CXXXII, n. 8 (vol. cit., p. 270).

(378) Cfr. *supra*, nota 349.

(379) Gómez, lex III, nn. 62 (fol. 16).

(380) Gómez, lex III, nn. 62, 64, 65 y 75 (fol. 16 y s.); Matienzo (gl. últ. cit., n. 7, fol. 155), Molina S. I., Disp. últ. cit., n. 8, vers. final (p. 270), si bien parece desmentirse previamente en los nn. 4, vers. *Utrum autem* (p. 269 *in fine* y s.), y n. 5, vers. *Non inmerito dixi* (p. 270).

(381) Angulo, gl. últ. cit., n. 7 (fol. 167 vto. y s.).

(382) Gómez, lex III, n. 64 (fol. 16); Angulo, gl. últ. cit., nn. 6, 8 y 9 (fol. 167, 168 y vto.); Luis de Molina S. I., Disp. cit., n. 8 (p. 270); Parladorio, "Quotidianarum Differentiarum sesqui centuria", Diff. CXLVIII, n. 8 (cfr. Opera Omnia, ed. Colloniae Allobrogum 1761, p. 389).

(383) Gómez, lex III, n. 78 (fol. 17 vto. y s.); Luis de Molina S. I., Disp. cit., n. 7 (p. 270); Acevedo, loc. últ. cit.; Parladorio, loc. cit., nn. 7 y 8.

(384) Mantienen la doctrina tradicional, siguiendo la opinión de Gómez: Josef Febrero, op. cit., Lib. I, cap. I, § XVIII, nn. 198 a 200 (3.^a ed. Madrid 1783, t. I, pp. 169 y s.); Juan Alvarez Posadilla, "Comentarios a las leyes de Toro", Ley 3 (Madrid 1796, pp. 59 y s.). De los continuadores de Febrero, mantienen

El Proyecto de 1851, en su art. 669 dispuso que: "La desheredación hecha sin expresión de causa o por una que no sea de las legales o cuya certeza no haya sido probada, anulada la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima."

García Goyena (385) explicó que el artículo adopta la disposición de la ley 24 de Toro, "dándole mayor claridad y amplitud.

Y líneas después añadía que: "Los intérpretes de Derecho Romano llevaron la manía de disputar hasta poner en duda si, en caso de hacerse la desheredación sin expresar la causa, regiría la Noveleta 115, o más bien sería nulo el testamento en todas sus partes". "Algunos intérpretes de nuestro Derecho Patrio han afectado la misma duda, pero con mucha mayor temeridad: porque séase lo que se quiera del lenguaje antiguo y descuidado de las leyes 10 y 11, título 7, Partida 6, de ley 24 de Toro (recopilada 8, título 6, libro 10) ordena que valgan las mejoras del tercio o quinto, no sólo en el caso de romperse el testamento por ex-heredación, sino en el de anularse por preterición; y no se descubre razón por que no hubieran de valer las

la posición del autor: Eugenio de Tapia en el "Febrero Novísimo", Lib. II, tit. II, cap. XXIII, nn. 4 y s. (cfr. nueva ed. Valencia 1839, t. I, p. 571 y s.), y también Joseph Marcos Gutiérrez en la 3.^a edición del "Febrero Reformado y Anotado o librería de Escribanos", P. I, cap. I, § XII, n. 194 (cfr. ed. Madrid 1805, t. I, p. 116 y s.), pero éste ya observa que: "La doctrina acerca de la cláusula codicilar no se apoya en ninguna disposición real, sino en el derecho común y en A. A., por la cual ofreciéndose el caso debe examinarse bien, si ha de estarse a ella" (nota 1 al n. 192, p. 115). García Goyena, Aguirre y Montalbán, en la 4.^a edición de su "Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos", n. 157 (Madrid 1852, t. I, pp. 461 y s.), anotan que "en nuestra opinión puede hacerse en codicilo lo mismo que en testamento" y "no admitimos la maravillosa cláusula codicilar, sobre la cual se explica también el reformador de Febrero en los términos siguientes: "Después de haber reflexionado bien sobre el párrafo de la cláusula codicilar que trae Febrero hemos creído deber omitirla enteramente en esta cuarta edición, ya no por apoyarse su doctrina sino en el derecho común y en los intérpretes vulgares, y ya por ser infundada y contraria a nuestras leyes como fácilmente puede demostrarse." Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, en sus "Elementos del Derecho Civil y Penal de España", n. 11 al final, escriben: "Nada decimos de la cláusula codicilar, que reputamos inútil, pues de ella no hacen mención tampoco nuestras leyes" (cfr. 13.^a ed. Madrid 1888, t. II, p. 19). Y Benito Gutiérrez, "Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español", Lib. III, cap. V, Sec. II, § II (Madrid 1863), t. III, p. 526), al comentar la ley 24 de Toro, dice, que aunque ningún valor dé a la cláusula codicilar, opina como Gómez que vale la mejora dispuesta a título de herencia a favor de un hijo si otro rompe la institución por desheredación injusta o por preterición.

Como vemos, la visión racionalista de los juristas no forales del pasado siglo les impedía ver, entender y valorar la labor concreta y práctica de artesanía jurídica que a través de la cláusula codicilar, expresa y tácita, realizaron los juristas, que alguno de ellos califica de vulgares (Bartolo y Baldo, entre los de Derecho común; Antonio Gómez, Covarruvias, entre los de Rerecho Real), para coordinar la voluntad del testador y la rigidez de la ley con el fin de armonizarlas hasta el máximo.

(385) Florencio García Goyena, op. y vol. cits., art. 669, pp. 112 y s.

mandas, puesto que nunca podían exceder del quinto: de todos modos el artículo corta esta cuestión.”

La sanción del art. 669 para la desheredación injusta no se diferenciaba de la prevista en el art. 644 del mismo Proyecto, para la preterición, de la cual decía ésta que “anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”. Nótese que la única diferencia literal en la expresión del resultado se halla en el inciso final “en cuanto no perjudiquen a la legítima”, en el art. 669, y “en cuanto no sean inoficiosas”, en el artículo 644; pero obsérvese que sustancialmente ambas expresiones son equivalentes: ser inoficioso y lesionar la legítima significan lo mismo.

Notemos también que la solución del Proyecto de 1851 —pretendiendo superar “formalismos anticuados”, como se calificaba a la cláusula codicilial— cayó el formalismo de separar en un dualismo irreductible la institución de herederos y las mandas o mejoras, olvidándose de valorar la íntima intención del testador que con la cláusula codicilar se había pretendido precisar. La validez de lo atribuido a título de institución sosteniéndose como prelegado, en virtud de esta cláusula, sirvió a ese fin al hacer prevalecer la intención del testador, en cuanto no rebasase el límite de la legítima, con una flexibilidad que se perdía con el criterio del art. 669 del Proyecto.

El art. 837 del Anteproyecto 1882-88, con diferencias de redacción (386) mantuvo el mismo criterio del 669 del Proyecto de 1851.

Pero el art. 851 del Código civil, entre otros cambios de mera redacción, contiene una rectificación sustancial. Su texto dice:

“Art. 851. *La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en uno de los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudiquen al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima.*”

Mientras el art. 814 C. c. mantiene para la preterición la sanción de que: “*anulará la institución de heredero*”—como decía el art. 644 del Proyecto también para la preterición y el 669 del mismo para la desheredación—, en cambio, el art. 851 C. c. para esta última institución limita este efecto “*en cuanto perjudique al desheredado*”. Así se alcanza el mismo resultado al que se lograba, según los autores, con el uso de la cláusula codicilar, y, según Gómez, Matienzo y Molina, en el testamento a favor de los hijos por el valor codicilar tácito de éste. Hoy sí que, por fin, puede decirse que con el Código civil se alcanza directamente lo que con cautelas y sutileza lograron los juristas en el Derecho histórico. La línea evolutiva, trazada por su es-

(386) Art. 837 Antepr. 1882-8: “*La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza no se pruebe, o que no sea una de las legales, anulará la institución de heredero; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en cuanto no perjudiquen a la legítima.*”

fuerzo, queda coronada, armonizándose hasta el límite de lo posible la voluntad del testador y el derecho imperativo de las legítimas.

b) *Régimen de la desheredación injusta en el Código civil.*

40. *Si la desheredación injusta ha sido efectuada por error del testador, ¿cabe aplicarle la sanción de la nulidad total?*

La pregunta va ligada a la interpretación del art. 767 § 1.^º C. c., y, concretamente, a si lo dispuesto en este precepto respecto la institución de heredero o el nombramiento de legatario es aplicable a la desheredación. Previene el art. 767 § 1.^º: “*La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.*”

Creemos que es la misma la *ratio* para la institución y para la desheredación en este caso, y que, por ello, el texto del art. 767, § 1.^º, ha de hacerse extensivo a la desheredación que se exprese como basada en una causa que resulte falsa.

Es requisito de esa nulidad, “*que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal... si hubiese conocido la falsedad de la causa*”.

Por ello, sería nula la desheredación si del tenor del testamento, al expresar la causa, o de otras circunstancias del mismo, o incluso del conjunto de sus disposiciones útiles para alcanzar el sentido de la cláusula atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar la última voluntad —las cuales pueden ser extrínsecas, aunque siempre deben ser apreciadas con relación al tenor del testamento (387)— resultase que si el testador hubiese conocido la falsedad de la causa en que basó la desheredación no la habría efectuado.

En cambio, no parece suficiente esa nulidad total de la desheredación, que dotaría al desheredado de su cuota ab intestato íntegra, para invalidar o reducir los legados, mandas o mejoras que la disminuyan, en cuanto no resulten inoficiosas, salvo si la expresión de la causa falsa la comprendiera también como fundamento de estos efectos. En general, se desconoce cual hubiese sido la voluntad del testador, en cuanto a los legados, mejoras o mandas, de haber sabido la falsedad de la causa en que basó la desheredación, por lo cual no puede implicar la invalidez de ellas (388).

(387) La S. 18 diciembre 1965 interpreta que el tenor del testamento, a que alude el art. 675 C. c., “se refiere al conjunto de disposiciones útiles para alcanzar el sentido de las cláusulas dudosas atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar su última voluntad”; y, entre estas, atendió el Tribunal Supremo, para interpretar el tenor del testamento, a cuáles fueron los lugares en que vivió y murió la testadora.

(388) Cfr., respecto esta cuestión, Scaevela, op. cit., vol. XIV, art. 751, p. 1008, quien creemos que confunde legados y parte de libre disposición, la

Examinado este supuesto excepcional, vamos a volver a ocuparnos de la desheredación injusta, en sus supuestos normales de que se haya efectuado sin que se demuestre que el testador la efectuó con error determinante de la misma, y a esos supuestos normales dedicaremos la exposición que sigue.

41. Acción para reclamar contra la desheredación injusta. Su naturaleza y ejercicio.

El art. 851 literalmente dice de la desheredación injusta que “*anulará la institución de heredero en cuanto...*”. La pregunta que aquí formulamos es *si la acción de que dispone el desheredado injustamente es de nulidad, de anulabilidad o de rescindibilidad o impugnabilidad*. En su respuesta, los pocos autores que se la han planteado, no se han mostrado de acuerdo:

— La opinión de los primeros comentaristas (389), coincidente con los antecedentes históricos de la institución, señala que la acción para ejercitar los derechos dimanantes del art. 851, es la vieja *querella inoficiosi testamenti*, aunque no parece que todos ellos fueran totalmente consecuentes con su aseveración (390) o conscientes de la importancia de sus consecuencias (391). López R. Gómez (392) entendió que, “dado el silencio del Código civil, en las disposiciones

cual puede ir embebida en la institución de heredero o bien ser dispuesta a título singular.

(389) Manresa, op. y vol. cits., art. 851, p. 568; Nicolás López R. Gómez, “Tratado Teórico-legal del Derecho de Sucesiones”, vol. I (Valladolid 1891), cap. XVII, art. 1.º, n. 10, p. 618; Scaevela, op., vol. y art. cits., p. 1007; Sánchez Román, op. cit., vol. VI-II, cap. XVI, n. 24, p. 1111; Rafael Ramos Bascuñana, “De las sucesiones”, vol. II (Madrid 1898), cap. XXXV, n. 12, p. 242.

(390) Así Manresa, loc. cit., se remite a lo dicho por el mismo respecto de la querella de inoficioso testamento, al comentar el art. 814, y ahí dice (p. 354) que: “Para pedir la anulación corresponde al heredero preterido una acción que siempre se ha llamado querella de inoficioso testamento”; pero seguidamente, pocas líneas después, señala como plazo de prescripción el de treinta años, si en la herencia hubiese bienes inmuebles, o el de seis años si sólo hubieran bienes muebles.

(391) Así Sánchez Román (loc. últ. cit., pp. 1110 y s.) dice: “La anulación o insubstancialidad de la institución de heredero es el supuesto, en el antiguo Derecho, de la querella de inoficioso testamento para solicitar y obtener dicha anulación. “Anulará”, dice el artículo, que, en otro lenguaje más corriente, quiere decir será nula la institución de heredero que se hiciere en el testamento, en el caso de desheredación, sin las condiciones legales precisas, que equivale a *invalidación*, o mejor a *insubstancialidad*, puesto que nunca fue válida desde que se ordenó fuera en los términos estrictamente necesarios según ley, y mal puede anularse e invalidarse, lo cual supone que alguna vez fue válida, cuando no lo fue desde *ab initio*, a no ser que se explique esta solución, desde el punto de vista del rigor técnico-legal, de que mientras no se ejerzte querella de inoficioso testamento por parte del desheredado en forma ilegal, no sobreviene la consecuencia de la anulación de la institución de heredero, y, por tanto, esta subsistiría; pero aparte estas rectificaciones de lenguaje, que no tienen importancia para el manifiesto sentido legal...”. Repárese en esa calificación que Sánchez Román hace, como “*rectificaciones de lenguaje, que no tienen importancia*”.

(392) López R. Gómez, op. y vol. cits., cap. IX, art. 3, p. 318.

relativas a la nudad de los testamentos, a la preterición y a la desheredación injusta o con causa falsa, no establece distinción alguna entre las acciones ordinarias y extraordinarias de nulidad”, no hay medio hábil de sostener su “carácter especial y extraordinario”.

— Guillermo G. Valdecasas (393), a través de su distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima (394), llega a la conclusión de que en caso de desheredación injusta la institución en cuanto perjudique al desheredado es nula radicalmente y se produce “la delación forzosa de la cuota reservada si la institución de heredero hecha por el testador sobrepasa la parte de libre disposición en perjuicio de la legítima del desheredado”. “La nulidad parcial de la institución de heredero en la medida en que perjudica al desheredado, es decir, en cuanto le priva de la cuota reservada, es efecto que va necesariamente aparejado con la delación forzosa de esta última” (395). Y precisa que: “La nulidad parcial de la institución de heredero es radical y se produce *ipso iure* en el momento del fallecimiento del testador que es también el momento en que se defiere y transmite al legitimario la cuota reservada” (396).

Para este autor (397), ello es consecuencia inevitable de la prohibición impuesta al testador de disponer de la legítima (es decir, de la cuota reservada) (artículo 806)”, de que “los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley son nulos (art. 4.^o del Código civil)” y de que “si con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.^o del mismo art. 813 hay que considerar nulos los gravámenes impuestos por el testador sobre la cuota reservada, con mayor razón habrá que considerar nula la institución de heredero en cuanto implica disponer de dicha cuota en perjuicio del heredero forzoso, que se vería privado de ella” (398).

A juicio nuestro, en el Código civil, la desheredación injusta no origina una nulidad automática *ipso iure*, sino que es precisa la *impugnación para quebrantar* la desheredación y, en lo preciso, la institución de heredero, *rescindiéndola* por su *inoficiosidad* en cuanto perjudicare a la legítima del desheredado injustamente. He ahí nuestras razones:

1.^o) La ley de Bases de 11 mayo 1888, en sus Bases 1.^a, 15 y 16, que se remiten al Derecho histórico patrio —la 15 específicamente en cuanto al tratado de sucesiones con las excepciones más cuantitativas que cualitativas indicadas en la 16—, sin que ningún precepto del CÓ-

(393) Guillermo G. Valdecasas, “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, II, 3, en R. Dr. Pr. XLVII, pp. 966 y ss.

(394) Cfr. nuestra crítica a esta tesis de Guillermo G. Valdecasas en “Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, II, en A.D.C. XVIII-I, pp. 57 y ss.

(395) Guillermo G. Valdecasas, pp. 967 y s.

(396) Pág. 970.

(397) Pág. 968.

(398) La inaplicabilidad de estos tres preceptos, a la desheredación injusta, en el sentido pretendido por Guillermo G. Valdecasas, la razonamos abundantemente en “Notas críticas...” cit., n. 21, I, II y III, loc. cit., pp. 84 y ss.

digo indique otra rectificación sustantiva de la querella de testamento inoficioso que no sea la limitación cuantitativa de sus efectos, y sin que la presuponga el empleo de la palabra “*anulará*”, pues ya en el Derecho histórico fueron usadas indistintamente los sustantivos *nulo* y *rescindido* o sus formas verbales (399); y hemos visto antes el carácter de la *querella* como título para romper, quebrantar o rescindir la institución.

2.) La desheredación verificada con alguno de los defectos señalados en el art. 851, puede ser aceptada por el desheredado, que apruebe el testamento, en cualquier forma expresa o tácita (400), o que renuncie a impugnarlo o a ejercitar la acción que al efecto le corresponde. Esta posibilidad presupone una situación provisional de expectativa o espera mientras no triunfe la impugnación o se produzca la renuncia o la aceptación.

3.) Concretamente la verdad de causa invocada se presupone aunque no sea verdadera, salvo “*si fuese contradicha*”, lo cual también exige y requiere la iniciativa del desheredado para invalidar la desheredación.

4.) Si para la preterición resulta que sólo el preterido puede ejercitar la acción correspondiente y no puede declararse de oficio (401), con mayor razón, por tratarse más aún y siempre de una injuria personalísima al injustamente desheredado, sólo éste debe poder ejercitar tal acción; y, por tanto, respecto terceras personas, interesadas o no, la disposición testamentaria tiene validez, en tanto aquél no ejerzte su acción (402).

(399) El texto de Marciano, Dig. V-II, 2, que explica la *ratio* de la *querella inofficiosa testamenti* dice: “*nullum est testamentum*”. Y la ley XXIV de Toro entrecruza “*rompiere, o anulare*” con “*por causa de preterición o exheredación*”, haciendo las indistintas en sus efectos.

(400) Cfr. nuestro trabajo “Cautelas de opción...”, III, D, loc. cit., pp. 667 y ss., aunque la cuestión en ese trabajo la enfocamos más especialmente respecto a la subsistencia de gravámenes que afectan a la legítima, que requiere una mayor especificación por parte del renunciante a impugnar el testamento por la querella, como allí se explica.

(401) Cfr. “El deber formal de instituir...”, n. 28, loc. cit., pp. 85 y ss.

(402) *¿Qué posición debe observar el Registrador de la propiedad ante una desheredación injusta?*

Ramos (loc. ult. cit., n. 13, p. 244) contestó que: “siendo el efecto, al probarse no ser justa la desheredación, la nulidad de la institución, y tratándose de herederos forzosos, perjudica la adquisición del derecho inmediatamente que se adquiere, entendemos que no puede inscribirse sin aquiescencia del desheredado, porque admitida la inscripción sin justificarse estos extremos y perjudicando a tercero la adquisición, las enajenaciones que de los bienes de la herencia se hicieran no podrían rescindirse, y, por tanto, el desheredado que se declarase heredero sería perjudicado por los demás si éstos hubiesen enajenado las fincas; enajenaciones que, como decimos, no vendrían afectas a la rescisión porque apareciendo en el Registro que el transmisor las adquirió a título de heredero forzoso, y no constando si había reclamación alguna contra la desheredación, el adquirente de dichos bienes no viene afecto a responsabilidad alguna; y de aquí entendemos que, sin justificar los extremos antes expuestos, no puedan ser inscritas esas herencias.”

5.º) La disposición hereditaria, a pesar de ser injusta la desheredación, puede mantener su contenido económico íntegramente, si la legítima del desheredado se halla cubierta por donaciones, pues la finalidad del art. 851 queda ya cumplida en el aspecto material, y aunque la querella puede triunfar en cuanto el aspecto moral, declarándose la nulidad de la desheredación y la condición personal de heredero forzoso del injustamente desheredado, ninguna atribución de bienes habría de rectificar.

42. Su transmisión y su prescripción.

Dos corolarios cabe intentar sacar de lo expuesto:

I) Si la acción del injustamente desheredado es continuación de la querella de testamento inoficioso, parece que, como ésta, debe considerarse personalísima, ejercitable en vida del injustamente desheredado únicamente por él mismo y solamente transmisible a herederos si el injustamente desheredado ya hubiese iniciado el ejercicio de la acción o lo hubiera preparado interponiendo el acto de conciliación, con la sola salvedad a esa regla de la transmisibilidad *iure sanguinis* a los descendientes del descendiente injustamente desheredado. En los otros casos la muerte de éste, así como su renuncia, extingue la acción.

II) En cuanto a su plazo de prescripción el problema es más arduo.

Manresa (403) y Ramos (404), pese a considerar que la acción del desheredado es la querella de inoficioso testamento, aplican la prescripción de treinta años si en la herencia hubiesen bienes inmuebles y de seis años si sólo la integrasen bienes muebles. El segundo, alega el silencio del Código civil sobre la prescripción de esa acción y también de la prescripción de las acciones mixtas. Lo mismo aduce López R. Gómez (405), quien explica que ante el silencio de los arts. 814 y 851 habrá que acudir al título que el Código dedica a la prescripción de acciones "por si alguno de los artículos que contiene pudiera serle aplicable".

Roca Sastre ("Derecho Hipotecario", vol. II, tema XXXIII, II —5.^a ed. Barcelona 1954—, p. 675) dice, por el contrario: "Creemos que el Registrador no debe calificar si se trata de una desheredación justa, pues aparte de que no es de su competencia apreciar la certeza del hecho que constituye la causa alegada de desheredación, aquí debe atenerse a la mera resultancia de los documentos."

El art. 15, b), 4.^º, de la Ley Hipotecaria parece aceptar esta posición, y, aunque la aplicación concreta del art. 15 se reduzca a Cataluña, lo cierto es que la referencia a la posibilidad de no inscribir una desheredación pendiente de impugnación corresponde a la mecánica general del sistema. *Sensu contrario*, también presupone esta norma que, antes de transcurrir los cinco años de la mención de la desheredación, ésta advierte a terceros de la posibilidad de su impugnación.

(403) Manresa, loc. últ. cit., p. 354.

(404) Ramos, loc. últ. cit., n. 13, p. 243.

(405) López R. Gómez, op. y vol. cits., cap. IX, art. 3, p. 318.

García Bernardo, (406), ante ese silencio, propone el plazo de quince años que el art. 1.964 C. c. aplica a las acciones personales “que no tengan señalado término especial de prescripción”.

Nosotros, al ocuparnos de la preterición, propusimos el plazo de cuatro años que a las acciones rescisorias asigna el art. 1.299 C. c., a contar con respecto a las personas sujetas a tutela y para los ausentes respectivamente desde que cese la incapacidad o sea conocido el domicilio (art. 1.299, § 2.^o). Plazo que parece suficiente en una sucesión entre parientes tan íntimos como son los legitimarios y que es el más acorde con la naturaleza que históricamente se asignó a la *querella*.

La S. 15 febrero 1918, en un supuesto en que la desheredación injusta fue declarada, rechazó el recurso que se oponía a que se declarase la nulidad de la partición efectuada, argumentando que la demanda había sido presentada cuatro años después de efectuada aquélla y mucho más de cuatro años más tarde de que el demandante hubiese alcanzado la mayoría de edad. Pero es de notar que en la litis no se discutió el plazo para ejercitar la acción por desheredación injusta, ni se opuso la naturaleza rescitoria de ésta, sino que la parte demandada aceptó tácitamente que no había prescrito pues sólo opuso la prescripción específica de la acción rescitoria por lesión en la partición que el artículo 1.076 señala en cuatro años.

El art. 15, b, n. 4.^o, de la Ley Hipotecaria, introducido en ella por la reforma de 1944-46, determina que: “*Cuando el causante hubiese desheredado a algún legitimario o..., se entenderá que los legitimarios aludidos aceptan respecto a tercero la desheredación... si durante el plazo determinado en el apartado a) de este artículo no impugnaren dicha disposición*”. Plazo que, el aludido apartado a, es fijado en “*los cinco primeros años de la fecha de la mención*”. Roca Sastre (407) lo interpreta de esta forma: “transcurridos los primeros cinco años de las menciones de desheredación, sin que conste anotada impugnación alguna de los legitimarios, caducarán de derecho las expresadas menciones...”. Es decir, *cesarán de afectar a tercero*.

Pero ¿es sólo aplicable el precepto de dicho n. 4.^o —como el resto del art. 15 L. H.— a los supuesto de sucesión regida por el Derecho catalán? En general se entiende que este artículo es únicamente aplicable en Derecho catalán (408). Sin embargo, se han planteado dudas de si lo es, en el régimen del Código civil, a los supuestos del artículo 840, legítima de los hijos naturales, y del 1.056, § 2.^o, disposición del padre para conservar indivisa una explotación (409). De ser así,

(406) Alfredo García-Bernardo Landeta, “La legítima en el Código civil” (Oviedo 1964), p. 136.

(407) Roca Sastre, op., vol. y tema cits., n. IV, p. 692.

(408) Ángel Sanz Fernández, “Comentarios a la nueva ley hipotecaria” (Madrid 1945), art. 15, n. 3, pp. 138 y ss. Cfr. Roca Sastre, op. vol. y tema últ. cits., I, p. 666.

(409) Juilán Dávila García. “Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad”, en R.C.D.I. XVII, año 1945, p. 649; Roca Sastre, loc. últ. cit., pp. 667 y s.; Ramón de la Rica y Arenal, “Comentarios a la ley de reforma

el supuesto de desheredación sería de general aplicación pues no difiere en las hipótesis de que jueguen los arts. 840 y 1.056, respecto de las demás posibles en el régimen del Código civil. Y, por esto, algún autor (410) da por sentada su aplicación al régimen general de esta institución. A nosotros la cuestión nos parece dudosa.

43. Efectos de la desheredación injusta en caso de prosperar la acción contra ella.

a) En cuanto a la *institución de heredero*, dice el art. 851 C. c. que se “*anulará en cuanto perjudique al desheredado*”. Hemos visto cual es el sentido no rigurosamente técnico sino genérico de la expresión *anulará*. Ahora debemos precisas las consecuencias ulteriores de esa invalidación, es decir: qué se invalida, quiénes sufren la invalidación y en qué proporción, y cómo cubre el injustamente desheredado su cuota y qué se le imputa a ella.

I) *¿Qué parte de la institución se invalida?*

Hemos dicho antes, y así lo habíamos ya apuntado hace años (411), que el art. 851 ordena directamente el mismo resultado práctico a que habían llegado los autores castellanos a través de los efectos de la cláusula codicilar, o de la *valere omni meliori modo quo possit*, ya sea expresas o bien tácitas en los testamentos *parentem inter liberos*. Con la diferencia que el resultado, que allí se lograba oblicuamente, sosteniéndose como legado o fideicomiso el exceso de la cuota de institución en cuanto no fuese inoficioso, hoy el art. 851 lo resuelve directamente al declarar válida la institución que no perjudique la legítima del desheredado injustamente. La lucha para que la voluntad del testador se cumpla en todo aquello que no invada los límites de las legítimas, que antes chocaba con unos viejos formalismos, pero que eran contrarrestados con otros formalismos neutralizantes, hoy se logra sin necesidad de recurrir a éstos.

Sin embargo, la doctrina no se ha mostrado concorde en este punto. La duda continúa para algunos en la hipótesis de desheredación de un descendiente, cuando no existe mejora expresa ni legados que reduzcan la institución de herederos a la legítima estricta, sino que tal institución la rebasa y entre los instituidos hay otros descendientes

hipotecaria” (Madrid 1945), III Parte, II, p. 173, nota 1; Lacruz Berdejo, *Notas cit. a Binder*, § 34, p. 309.

(410) Luis Gómez Morán, “Tratado Teórico-Práctico de Particiones” (Madrid 1950), cap. V, p. 385, concluye que: “por lo que se refiere a los bienes inscritos en el Registro, la nueva Ley reforma el Código civil al establecer un plazo para la impugnación de la desheredación que no aparece previsto en ningún artículo de éste, y que, antes bien, pudiera decirse que se halla en contradicción con los artículos 1.936 y siguientes de dicho Código”.

(411) “La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición”, conferencia en la Ac. Matritense del Notariado el 24 enero 1950, VI, 2; cfr. en *Anales de la Ac. Mat. del Not.*, vol. VIII (Madrid 1954), p. 60 y nota 161.

que reciben por este título una porción mayor. Se trata de concretar si, en ese caso, la institución sólo se reducirá hasta cubrir la legítima estricta del desheredado, o bien hasta satisfacerle la legítima larga, en cuanto no se haya disminuido con legados o mejoras expresas, o incluso en este supuesto hasta completarle su cuota viril ab intestato. Tres opiniones he han expuesto al respecto:

— La posición *más amplia*, que sólo ha sido excepcionalmente defendida (412), sostiene que el mal desheredado “ha de percibir una cuota viril de toda la herencia”, en cuanto no hayan legados ni mejoras; pues estima que en estos casos “no hay parte libre ni mejora” y “la legítima equivalente a la cuota legal (intestada)”. Pero esta última afirmación, además de ser gratuita, contradice el texto del artículo 808 C. c., que señala la cuantía de la cuota legitimaria, y lleva a equiparar los efectos ordenados en el artículo 851, para la desheredación injusta, con los previstos en el artículo 814, para la preterición, en contra de lo que resulta de la expresa modificación del texto de aquél, que no pudo tener otro sentido que el de reducir los efectos de aquélla.

— La posición *lata*, que refiere la cuota del desheredado injustamente a los dos tercios o legítima larga, en cuanto no la reduzcan mejoras expresas o legados imputables al tercio de mejora, fue defendida por Sánchez Román (413) —a quien ha seguido Puig Peña (414)— y se apoya fundamentalmente en que, suscribir la opinión restrictiva de los derechos del injustamente desheredado a su legítima estricta, “equivale a la admisión de una mejora *tácita*, contraria al sistema general del Código que quiere que todas sean expresas —fuera de aquellas dos excepciones [se refiere a las de los arts. 828 y 872 C. c....], según literal y concretamente lo confirman los artículos 825 y 828 del mismo”. Pero, lo cierto es que no existe en el Código civil ninguna regla general que prohíba la mejora tácita, pues los arts. 825 y 828 sólo contienen dos reglas particulares de las que no puede deducirse una regla general de más amplio ámbito que la suma de que aquéllas tenga (415), y además se incurre en la confusión de mejora *tácita* con la mejora *presunta* (416) de las donaciones contenida en las leyes 26 y 29 de Toro, que fue la que el art. 825 C. c.

(412) Francisco Espinar Lafuente, “La herencia legal y el testamento” (Barcelona 1956), n. 166, p. 369 y nota 137.

(413) Sánchez Román, op. vol. y cap. últ. cits., n. 24, p. 1111, y n. 35, a, 1.^o, p. 1141.

(414) Puig Peña, “Tratado...” cit., vol. V-II, cap. XV, 8, B, b, pp. 444 y s.

(415) “La mejora tácita”, IV, 2, pp. 26 y s.

(416) “La mejora tácita...”, I, 2, loc. cit., pp. 16 y s. En igual sentido, Roca Sastre, *Notas al Derecho de Sucesiones de Theodor Kipp*, vol. II (Barcelona 1951), cap. VII, Apéndice, I, pp. 358 y ss.: “lo que ha querido el Código en dichos arts. 825 y 828 es acabar con el sistema de *conjeturas* en favor de la existencia de la mejora, a cuyo sistema estaban tan aficionados los autores de Derecho intermedio, pero no abolir la mejora tácita, que, como la expresa, revelan sin duda la voluntad de mejorar”.

quiso derogar (417), y en la inadvertencia de que el art. 828 sólo establece una regla singular de imputación de los legados, a falta de disposición expresa al respecto del testador, con la que se modificó el criterio sustentado por los comentaristas de las Leyes de Toro (418).

-- La posición restrictiva estima que la institución de heredero sólo se invalida en cuanto al montante de la porción viril correspondiente en un solo tercio al injustamente desheredado, es decir, en la legítima estricta. Fue mantenida por Manresa (419) basado: en que del segundo tercio o de mejora dispuso el testador a favor de los otros descendientes a los que instituyó herederos, y en que aquél para privar de ese tercio "no necesita fundarse en más causas que su voluntad". Este criterio, seguido por otros autores (420), fue el que nosotros defendimos, hace años, en nuestra citada conferencia sobre "La mejora tácita..." (421). Las razones que creemos decisivas a favor de esta última posición, son las siguientes:

1.) El descendiente legitimario que concurre con otros descendientes legitimarios, sólo tiene derecho contra la voluntad paterna a su legítima estricta (art. 808).

2.) Fuera de este límite la voluntad del testador es ley de la sucesión (art. 675).

3.) La palabra heredero significa un llamamiento general y absorbente a toda la herencia, a coparticipar en ella con todos los demás instituidos (S. 16 abril 1947); mientras que la desheredación expresa la voluntad de privar al desheredado de toda la herencia.

Consiguiente la desheredación no puede abarcar, cuando es injusta, la porción forzosa de un tercio reservada por la ley a los hijos y que es indisponible por el testador (art. 808 C. c.); pero sí las porciones de que libremente puede disponer entre los descendientes (artículos 808 y 823 C. c.).

El Tribunal Supremo en S. 23 enero 1959 ha aceptado este criterio restrictivo, considerando en los 1.^o, 2.^o, 3.^o y 5.^o lo siguiente:

"que habiendo quedado firme la improcedencia de la desheredación que en testamento realizó el padre y común causante de los lití-

(417) "La mejora tácita...", VIII, loc. cit., pp. 90 y ss.

(418) "La mejora tácita...", IX, pp. 119 y ss.

(419) Manresa, op. y vol. cits., art. 851, pp. 508 y s.

(420) Cfr. Ramos, op., vol. y cap. cits., n. 9, p. 238; Isabal —aunque con dudas—, voz Desheredación, en Enciclopedia Jurídica Española SEIX, vol. XI, p. 803; Roca Sastre, *Notas al Kipp*, vol. cit., cap. VII, § 137, III, p. 357, en rel. con *Apéndice*, I, pp. 358 y ss.; Manuel de la Cámara Alvarez, "El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzados", IV, en Rev. Der. Notarial, VII —enero-marzo 1955—, pp. 62 y s.; Alberto Rovira Mola, voz "Desheredación", B, en Nueva Enciclopedia Jurídica Española SEIX, vol. VII (Barcelona 1955), p. 263; J. Santamaría, "Comentarios al Código civil" (Madrid 1958), t. I, art. 851, p. 832; José Puig Brutau, "Fundamentos de Derecho Civil", vol. V-III (Barcelona 1963), cap. I, 5, IV, F, c, pp. 59 y s.; Alfredo García-Bernardo, op. cit., pp. 133 y s.; Francisco Bonet Ramón, "Compendio de Derecho civil", vol. V, § 128, p. 693.

(421) "La mejora tácita...", VI, 2, pp. 56 y ss.

gantes, sólo pueden ser objeto de resolución en el presente trámite, como lo es también exclusivamente del recurso, las consecuencias jurídicas y económicas de aquella improcedencia, contenidas en la sentencia de instancia, en cuanto a la participación en el caudal relicito del testador, o sea, concretamente, la interpretación que debe darse al artículo 851 del Código civil al determinar que la desheredación legalmente improcedente "anulará la institución de heredero en cuanto perjudica al desheredado; pero valdrán los legados y mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudique a dicha legítima", pues mientras en la sentencia recurrida se sostiene que alcanza a la nulidad absoluta de la institución por no contener el testamento disposición alguna respecto a mejores legados, en el recurso, conforme con la sentencia de primera instancia, se sostiene que la nulidad referida es sólo eficaz en cuanto perjudique a los desheredados; perjuicio concretando a la participación en la legítima estricta de la herencia."

"que, en primer lugar, no puede identificarse, según pretende la sentencia recurrida, la preterición de un heredero, excluida la del viudo o viuda, sancionada con la absoluta nulidad de la institución de heredero, siquiera salve también las mandas y mejoras, en el art. 814 de dicho Cuerpo legal, con la desheredación que sólo anula la institución cuando perjudique al desheredado, con lo cual claramente dispone el art. 851, a ella referido, que la institución es válida si no perjudica, o en cuanto no perjudique al desheredado; por esto, lo que sustancialmente hay que definir o discriminar es en dónde empieza y acaba el perjuicio del desheredado, a lo que equivale determinar en qué consiste el perjuicio a que se refiere y salva el último artículo mencionado, sin olvidar, y esto establece una esencial diferencia, que consiste en que, en el primer caso —preterición—, no hay una voluntad declarada, mientras que en el segundo —desheredación— esta voluntad está declarada, y sabido es cómo el testamento debe ser respetado y constituye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la ley o al derecho necesario que sobre ella debe imperar."

"que para lo expuesto lo primero que se ocurre examinar es a dónde llegan las facultades de disposición testamentaria del padre en relación a los hijos y cuáles sean los derechos absolutos e intangibles de éstos frente a aquél dentro de la sucesión hereditaria, lo cual dará la pauta fundamental para la determinación de los perjuicios que se persigue; y esto resulta de una manera clara y terminante, que no deja lugar a duda, de los artículos del Código civil que facultan al primero para disponer de sus bienes respetando la legítima; es decir, frente a los hijos, el padre testador puede disponer de dos tercios de la herencia, uno de libre disposición en favor de quien quiera, en lo que están incluidos los hijos, y otro el de mejora, sólo en favor de éstos; en ambos casos, en favor de todos o de alguno, en la cuantía total o parcial que determine, y claro está que esos derechos y deberes del padre determinan el alcance de los derechos y deberes de los hijos, correlativamente concordantes con los de aquél, a saber: que los hijos

no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de éstos, que a la legítima estricta, el otro tercio de la herencia y todo lo demás depende de su soberana voluntad, con las limitaciones aludidas en cuanto a la mejora, de lo que se desprende que apreciando expresada la de desheredar a un hijo, éste ha de respetar esa voluntad en la medida y extensión determinada en el ordenamiento jurídico, que consiste, conforme a lo expuesto, en aquello de lo que él podía disponer, quedando sólo con la participación que le corresponde en la legítima estricta por concurrir a la herencia con otros hijos, y que serían los dos tercios si él fuera único heredero forzoso, todo lo que constituye un derecho estricto, absoluto e intangible, lo demás podría serle atribuido por la ley, pero sólo en defecto de testamento o con testamento que otra cosa prescriba."

"que en cuanto a la extensión de la legítima ha de desvanecerse una duda consistente en si para determinar, en el caso concreto de que se trata, el perjuicio del desheredado ha de entenderse la legítima corta o larga, debido a que en el testamento no se contiene declaración expresa de mejora y el Código excluye la tácita, sólo admitida en uno o dos supuestos a que se refieren los artículos 828 y el 782 del repetido Cuerpo legal, duda cuya resolución ya viene prejuzgada en los anteriores Considerandos, pues la libre determinación que al testador corresponde para disponer entre los hijos de la mejora, de la que puede excluir a quien tenga por conveniente, es indudable que desde el momento en que expresamente le excluye de la herencia, determinando su desheredación, esta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado, que ninguno tenía en este tercio al margen de la voluntad del testador, existiendo como existen otros hijos, y, por tanto, expresamente resulta excluido por el testamento de la mejora que entre los coherederos forzosos debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición, puesto que la institución de herederos prevalece en toda la extensión en que no afecta a una prohibición legal o a la lesión de un derecho necesario o absoluto, y no es posible dudar de que la terminante institución de herederos y la exclusión total de la herencia del recurrido ha de llegar al límite de las atribuciones del testador, como ya queda anteriormente expuesto, y debe ser respetada parcialmente dentro de los límites de sus atribuciones, y la calificación, naturaleza y extensión de los derechos del heredero necesario, frente al testador, reducidos a la legítima estricta, pues la voluntad expresa de éste de desheredar totalmente a un hijo incluye la desheredación parcial en aquella parte cuya atribución a éste dependa, conforme a la ley, de su libérrima voluntad, taxativamente contraria a tal atribución en el caso que se resuelve."

44. II) *¿Quién sufre la invalidación?*

En términos generales, parece que deben sufrirla todos los herederos instituidos en el testamento a prorrata de la cuota de su institución. Se trata de la norma general de distribución de cuanto reduzca,

merme o grave la institución. Pero esta regla puede sufrir dos excepciones:

1.") Una, derivada de la ley, la porción de los herederos instituidos que además sean legitimarios tiene como límite de su reducibilidad su propia legítima.

2.") Otra dimanante de la voluntad del testador. Así, v. gr., si éste instituyó por cuotas concretas referidas a los tercios de legítima, mejora y libre disposición, indicó así las cuotas sobre las cuales debe operar la invalidación parcial.

En estos casos habrá que armonizar aquella pauta general con estas normas específicas, pero siguiendo éstas tan sólo en cuanto aquélla lo permita.

III) *¿Cómo cubre su cuota el injustamente desheredado?*

Hemos visto antes (n. 96 y n. 98) cuál era la solución clásica: se anulaba la institución de herederos y se abría la sucesión intestada; caso de no anularse aquélla totalmente, sino parcialmente, se abría ésta en parte, es decir, en la que no correspondía al heredero instituido que conservaba su cuota hereditaria en porción que cubría su parte viril; y, por tanto, de darse el supuesto de no invalidarse más que en cuanto a la porción correspondiente al injustamente desheredado, sólo en cuanto a la cuota abⁱntestato de éste se abría esta sucesión.

Eso mismo ocurre hoy con el régimen del artículo 851 C. c.: Se anula la institución de herederos en cuanto a la legítima del desheredado injustamente, y se abre parcialmente la sucesión intestada únicamente para dar paso a la cuota de éste tan sólo en la parte equivalente a su legítima. Así lo ha entendido, expresa o tácitamente, una buena parte de la doctrina (422), y asimismo lo hemos afirmado (423) y ratificado (424).

En contra de esta tesis, Guillermo G. Valdecasas (425) ha objetado: "Si así fuera, en caso de existir otros herederos forzosos concurrirían

(422) Cfr. Manresa, op., vol. cits., art. 814, *comentario 2.*, pp. 350 a 352; Scaevola, op. y vol. últ. cits., art. 851, p. 1007; Sánchez Román, op. y vol. cit., cap. cit., n. 35, pp. 1140 y s. —que concluye (p. 1141): "Así es que los preferidos, en el supuesto indicado, suceden *abintestato* en todo, en concurrencia con los demás herederos forzosos o llamados por la ley *abintestato*; los desheredados, únicamente en dos tercios o en uno tan sólo, en la hipótesis de haberse ordenado mejoras"; Ramos, op., vol. y cap. cits., n. 9, pp. 238 y s., y n. 15, p. 245; Roca Sastre, *Notas al Kipp*, vol. cit., § 137, III, p. 357 —que dice: "Como se anula la institución de heredero en la medida requerida para dejar a salvo la legítima del desheredado injustamente, se abrirá la sucesión intestada en cuanto a la porción correspondiente a la cuota de su legítima individual"; Bonet Ramón, op. y vol. últ. cits., n. 128, p. 693 —quien se expresa en iguales términos que los transcritos de Roca Sastre—.

(423) "Apuntes de Derecho sucesorio", I, § 5.", en A.D.C. IV-II, abril-junio 1951, pp. 460 y ss., y ed. sep., pp. 44 y ss.

(424) "Notas críticas..." cits., II, 18, en A.D.C. XVIII-I, enero-junio 1965, pp. 68 y ss.

(425) Guillermo G. Valdecasas, loc. cit., II, 3, p. 968 y nota 20.

a la sucesión intestada junto con el desheredado, el cual no lograría nunca la cuota reservada.” Lo cual aduce en favor de su tesis de la delación forzosa de la cuota reservada (426), que naturalmente aplica al supuesto de desheredación injusta. Impresionado por el argumento transcrita, García Bernardo (427) —quien, por otra parte, como nosotros, no ve cabida a un *tertium genus* de sucesión en el artículo 658 C. c.— cree que se debe resolver la cuestión entendiendo que, si bien la institución de herederos se anula totalmente y la sucesión intestada tiene lugar por la totalidad, la herencia se reparte *particionalmente* conforme al testamento con la corrección de la legítima del desheredado (428). Pero, con ello, no hace sino regresar a una solución oblicua, paralela a la de la cláusula codicilar tácita, innecesariamente, puesto que cabe la solución directa, que es más acomodada al texto del artículo 851 y que tiene antecedentes en los casos del ejercicio *ex parte* de la querella —que antes vimos (n. 35)—, en los que la cuota de la institución que era invalidada no la cubrían todos los herederos *abintestato*, sino sólo aquellos a quienes competía. Cosa que es posible, aparte del supuesto estudiado, en el régimen del Código civil, en el caso de institución parcial de herederos; v. gr., si el testador instituye sólo a uno de sus hijos en su parte viril diciendo que nada más debe recibir de su herencia, supuesto en el cual la parte deferida abintestato corresponde por partes iguales sólo a los demás hijos.

No es necesario que el desheredado solicite su declaración judicial como heredero abintestato, ni antes ni después de haber ejercitado su acción de impugnación; pues el juicio entablado para impugnar la desheredación injusta ya resolverá implícitamente acerca de su condición de heredero, y la sentencia favorable le servirá de título suficiente para acreditarla (429).

(426) De su crítica nos hemos ocupado en “Notas críticas...”, II, nn. 17 a 21, pp. 60.

(427) García Bernardo, op. cit., pp. 57 y s., y 134 *in fine* y ss.

(428) Entiende García Bernardo que: “la sucesión intestada se defiere no sólo a favor del legitimario injustamente desheredado, sino también de los demás legitimarios, con lo cual el desheredado tendrá un título de heredero, y los demás legitimarios, dos, el testamentario y el de heredero intestado, lo que no es incompatible, sin duda, pudiendo todos concurrir a la partición, y la cuestión ya no es de título sucesorio, sino de operación particional, de imputación concretamente, pues lo anulado habrá de imputarse a la cuota legítima. Se dirá que en el Código civil los herederos intestados heredan por partes iguales, mas no se trata de una regla general, contradicha, sin discusión, en el caso de donaciones colacionables en que el *relictum*, no obstante la dicción de la ley, se reparte desigualmente, y no creemos que pueda sostenerse que lo donado y colacionado se adquiere por título de herencia y no de donación” (pp. 57 y s.). Y explica que: “Las adjudicaciones desiguales respecto de herederos intestados con igual título, no insinúan una naturaleza diversa de los títulos, porque la adjudicación es operación particional final, que tiene como antecedentes la colación de donaciones e imputaciones de legados, entre otras operaciones” (pp. 135 *in fine* y s.).

(429) Cfr., en este sentido, Ramos, op., vol. y cap. cits., n. 9, pp. 238 y s., y n. 14, p. 245.

En el supuesto de desheredación parcial, creemos que su injusticia, simplemente, abrirá paso a la norma del artículo 815 C. c.; es decir, al derecho a exigir el suplemento al darse su supuesto tipificado. Nos hallaremos en la hipótesis inversa de la contemplada en la ley 30, pr. Cod. III-XXVIII (cfr. *supra*, n.º 9, notas 84 y 85).

45. IV. *¿Qué se imputa a la cuota del injustamente desheredado? Quid de los legados o modos deferidos a su favor?*

Conviene que recordemos el supuesto planteado por la Novela CXV y la *Authentica "Ex causa"* a los autores de Derecho común, que se hallaron ante una expresión legal semejante a la del inciso final del artículo 851, “*pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima*”.

El desheredado a quien se le hubiese atribuido un legado o beneficiado con un modo, los conservará, además de recibir íntegramente su legítima a título de herencia *ab intestato*? Sabemos que entre dichos autores de Derecho común se impuso la solución negativa: el que impugna algo no debe beneficiarse de lo que impugna, y lo dado como disminución no debe atribuirse como incremento. Criterio justo, que creemos debe ser mantenido con respecto al artículo 851. La letra de éste, por otra parte, parece referirse sólo a los legados otorgados a persona distinta del desheredado, ya que pone el límite de que no perjudiquen a la legítima de éste.

Vimos también el temperamento de imputar dichos legados a la cuota abintestato del injustamente desheredado, solución que nos parece la más correcta —siempre y cuando el legado sea por su género apto para satisfacer la legítima, pues en otro caso podría rechazarlo, así como puede en todo caso rechazar el modo que se le hubiese conferido—. Pero lo que nunca se podrá es acumularlos.

De esta forma, en el supuesto que examinamos, se excluyen las normas de imputación y colación de los artículos 828 y 1.037 C. c. (430), normales cuando concurren a favor de una misma persona un llamamiento a la herencia o a una cuota de la misma y la asignación de un legado.

Las donaciones efectuadas al injustamente desheredado, que ejercite con éxito su acción, deberán imputarse a su legítima (art. 819, § 1.º).

Reglas que no deben tener más excepción que la prevista en el artículo 827, en caso de mejora “que se haya hecho por capitulaciones o por contrato oneroso celebrado con un tercero”, que por conservar

(430) En este mismo sentido, Guillermo G. Valdecasas (*loc. cit.*, II, 5, p. 971) dice que: “Como excepción a esta regla [de acumulación de cuota hereditaria, deferida por testamento y abintestato, y de un legado], el legado dispuesto a favor del legitimario se imputa a la cuota hereditaria reservada, siempre que esta se haya deferido con carácter forzoso”... “Añadir el legado a la cuota reservada sería ir contra la voluntad del testador más allá del límite que la ley considera necesario para salvar la legítima.”

su carácter de mejora habrán de acumularse, y no imputarse a la legítima.

46. β) *En cuanto a los legados y mejoras dispuestos a favor de otros legitimarios o de cualquier otra persona*, deberá estarse a lo dispuesto en el inciso final del artículo 851, “valdrán”, “en lo que no perjudiquen a dicha legítima”, aplicándose la norma del artículo 817, complementada en los artículos 818 a 822 C. c.

γ) *Respecto a la partición practicada sin el concurso del desheredado*, se ha planteado la duda de si debe dar lugar: sólo a la indemnización prevista en el artículo 1.080 C. c. para el caso de partición hecha, sin mala fe ni dolo, con preterición de uno de los herederos; a la rescisión por lesión del artículo 1.076 C. c.; o a su nulidad, por haberse hecho sin la concurrencia de uno de los herederos sobre la base de una desheredación inválida.

En el recurso de casación rechazado por la S. de 5 febrero 1918 sostuvo el recurrente, en su segundo motivo, que la sentencia que había declarado la nulidad de la partición hecha sin intervención del injustamente desheredado había infringido los artículos 1.076 y 1.077 del Código y el 1.080, indicando que el desheredado injustamente sólo tenía derecho a ser pagado con “la parte que legalmente le corresponda”, sin que se pudiera invalidar la partición. Pero el Tribunal Supremo, en su segundo considerando, rechazó el motivo, porque “como no puede ser válida, como contrato, la partición practicada sin la citación, intervención ni aprobación coetánea o posterior del heredero, la sentencia recurrida deduce lógicamente que la nulidad de las operaciones particionales y subsiguiente cancelación de las inscripciones que hubiere producido, son consecuencia necesaria de la nulidad de la desheredación del demandante que tiene derecho a intervenir en todos los períodos de la partición, faltando por su ausencia el consentimiento de un interesado, y no resulta que pueda de otro modo repararse el perjuicio inferido al nuevo heredero, pues el reconocimiento de su derecho invalida cuanto se pudo hacer mientras prevaleció su injustificada desheredación, salvados siempre los derechos que puedan haberse creado a favor de tercero, carácter que no puede ostentar el recurrente para oponerse a los naturales efectos de los actos declarados nulos”.

Por lo contrario, la S. 16 octubre 1957, que contrapone la preterición de los herederos forzosos en línea recta, regulada en el artículo 814, a la de los herederos en la partición, prevista en el artículo 1.080 C. c., dice en un *obiter dictum* de su segunda sentencia que “para los injustamente desheredados se aplica el artículo 851, que da la misma solución que el 1.080”.

El plazo que el desheredado injustamente tiene para pedir la nulidad de la partición practicada sin su concurso no puede comenzar a contarse —según dice el primer considerando de la misma S. 15 febrero 1918— hasta haber obtenido el injustamente desheredado el reconocimiento de su derecho.

47. Efectos de la desheredación injusta del cónyuge viudo.

No obstante la letra del artículo 751 C. c., creemos que la desheredación injusta del cónyuge viudo no produce la invalidación ni siquiera parcial de la institución de herederos ni da lugar por lo que respecta al cónyuge viudo a la apertura de la sucesión intestado (431). La razón esencial la hallamos en el carácter especial de la legítima vidular, primariamente en usufructo y que supone una delación directa a favor del cónyuge viudo (432), y el argumento positivo lo ofrece *de minoris ad maiorem* el § 2.^º del artículo 814 que, con respecto a la preterición del viudo o viuda, declara que “*no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código*”.

— *Derechos de los descendientes legítimos de un hijo injustamente desheredado que haya premuerto al testador.*

La pregunta se concreta a precisar si en este supuesto los nietos o descendientes de ulterior grado deben considerarse preteridos o bien, como representantes del injustamente desheredado, están legitimados para ejercitar su derecho a que se declare injusta la desheredación y reclamar la sucesión intestada en la parte correspondiente a su legítima. Nosotros nos inclinamos por la primera solución, pues si la institución de heredero del hijo premuerto no evita que sus descendientes no mencionados se entiendan en ese caso preteridos, tampoco puede evitarla su desheredación en igual supuesto de premoriencia, tanto si la desheredación fue injusta como si fue justa, pues al fallecer el causante fueron sus legitimarios, por derecho propio, ya no aquel hijo desheredado, sino los descendientes legítimos del mismo (433).

(431) En contra García Bernardo (*loc. cit.*, pp. 59 y ss.), por estimar que el art. 814 al remitirse al art. 838 se remite también al 953 —con lo cual estamos de acuerdo— y que, por tanto, el viudo recibe abintestato su cuota legítimaria, salvo si concurre con herederos extraños o con colaterales que no sean hermanos o hijos de hermanos, en cuyo caso la legítima se atribuye *ex lege*. Nosotros creemos que, como éste, también en los otros casos la legítima del cónyuge viudo se atribuye *cx. legc.* en todo caso, tanto en la herencia testada como en la intestada, como en los casos de atribución forzosa por causa de preterición o desheredación injusta. Así lo indica la génesis de esta legítima y su contenido. Más que como una parte o el todo de una porción abintestato, es aplicada a esa sucesión una legítima atribuida *cx. lege* que también como tal actúa en la sucesión intestada.

(432) Cfr. “Apuntes...”, I, § 3.^º, a, σ, en A. D. C. IV-II, pp. 442 y ss., y ed. sep. pp. 26 y ss.

(433) Este es el criterio que predominó entre nuestros autores al interpretar los textos romanos. Así Matienzo (*op. cit.*, Lib. V, tít. IV, lex I, gl. XIV, n. 45, fol. 87 vto.) contestó que si “*filius exhereditas mortuus est antequam pater eius*”, “*nulli dubium quin nepos ex eo rumpat testamentum et succedat, quippe agnaci videatur avo, et primum locum in successione per mortem patris nactus sit, ideo proximior reperiatur tempore mortis avi sui*”. En el mismo sentido Spino (*pp. cit.*, gl. XX *principalis* nn. 91, 93 y 94, pp. 858 y s.), que llega al igual resultado en el supuesto de conmoriencia del padre y el hijo desheredado, habiendo sido omitido el nieto (ya que entendió que la presunción

C) *En las regiones forales.*43. a) *Aragón.*

Hemos visto antes (n. 31, a) que tanto el Apéndice Foral como la Compilación no regulan la desheredación, sino tan sólo los efectos de la desheredación injusta.

La Compilación sigue el criterio del Apéndice (434) de distinguir la desheredación injusta de todos o sólo de alguno o algunos de los herederos forzosos, y de equiparar los efectos de la preterición intencional y de la desheredación injusta, en caso de ser total, y, de ser singular, sin hacer distinción entre los de ambos casos de preterición y los de la desheredación injusta. Así:

El artículo 122, núm. 1, señala como efecto de la desheredación injusta de todos los legitimarios: "*La delación abintestato de dos tercios del caudal.*"

El artículo 123, para la desheredación injusta de alguno de los legitimarios dispone que éste: "*tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios.*"

Notemos que, mientras la simple mención de un legitimario sólo le concede derecho a pedir alimentos si quedare en situación legal de pedirlos (art. 120 en rel. art. 121), el injustamente desheredado tiene derecho a una porción del caudal igual a la del menos favorecido por el testador.

La Compilación no ha recogido el texto del artículo 33 del Apéndice, que fijaba el plazo de prescripción extintiva de las acciones dimanantes de la legítima (435).

de supervivencia del hijo respecto al padre no debía estimarse actuante en la sucesión testamentaria; es decir, que tal presunción era aplicable *in legis dispositionem*, pero que no lo era *in dispositione hominis*.

(434) El art. 32 del Apéndice foral de Aragón disponía tales efectos en sus tres primeros párrafos.

El § 1.^º regulaba, en su inciso 1.^º, la preterición o desheredación sin causa legítima, que afectase a todos los herederos forzosos, ordenando que "en este caso, entre ellos se dividirán las dos terceras partes del caudal líquido, como si el causante hubiese fallecido abintestato".

El § 2.^º aplicaba igual criterio, en caso de preterición o desheredación injusta de sólo alguno o algunos de los herederos.

Y el § 3.^º para el caso de que los instituidos lo hubiesen sido por partes desiguales, ordenó que el preterido o injustamente desheredado "tendrá derecho a una porción equivalente a la del menos favorecido de aquéllos. Estas porciones se detraerán de las legítimas de los instituidos a proporción de la cuantía respectiva".

(435) Decía el art. 33 del Apéndice: "El plazo de prescripción extintiva de las acciones de los herederos forzosos dimanadas de su legítima, será de cinco años".

b) *Baleares.*

Hemos visto (*supra*, n. 31, b) que esta materia se regía por la Novela CXV (436), pero que la Compilación balear vigente no contiene ninguna disposición al respecto, por lo que es de aplicación el Código civil, pero referido a los legitimarios y a las legítimas del Derecho de Baleares.

c) *Cataluña.*

49. La desheredación injusta de los descendientes en Cataluña se regía por el Usatje *Si quis filium* (recogido en las Constit. de Cataluña, Lib. VI, Tít. III, integrado en el Usatje *Exheredare* (437), y el cap. III, § final, de la Novela 115. La de los padres y ascendientes, conforme se deducía de la Constit. 1, tít. 3, lib. 6, vol. I, sólo les daba derecho a reclamar su legítima (438), así ocurría también con la de los hermanos; e, igualmente, en virtud del Privilegio dado por Pedro el Ceremonioso a Barcelona en 1339, incluso con la de los descendientes regidos por el Derecho barcelonés (439).

Hoy, el § 3.^º del art. 141 Comp. Cat. declara que “*La desheredación injusta, o sea la hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea alguna de las señaladas por la Ley, produciría los mismos efectos previstos en el § 2.^º de este artículo.*” Y ese § 2.^º regula la preterición errónea, sancionando que “*no dará lugar a la nulidad del testamento; pero... le quedará a salvo el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda*”. Es decir, su parte viril en la cuarta parte, tratándose de descendientes o ascendientes, o de hijos naturales en la sucesión de su madre.

La querella *inofficiosi testamenti*, conforme al Derecho romano, prescribía siempre a los cinco años (440). Sin embargo, hoy, el artículo 146, § 3.^º, Comp. Cat., circunscribe este plazo quinquenal a la prescripción de las acciones para pedir la nulidad del testamento por causa de preterición errónea o la reducción o supresión de dotes y donaciones inoficiosas; y, en cambio, la norma general del § 1.^º del mismo artículo determina que la acción para exigir la legítima prescribirá a los treinta años a partir de la muerte del causante. Si, como

(436) Parece que predominaba la interpretación de que la desheredación hecha sin expresión de causa equivalía a preterición y anulaba el testamento (Cfr. Luis Pascual González, “Derecho civil de Mallorca” —Mallorca 1951— Tit. IV, cap. IV, sec. 6.^a, p. 218).

(437) Dice así el Usatje *Si quis filium*: “*Si nengun vol desheretar Fill, o Filla, Net, o Neta, nomenadament los desheret, e diga la culpa per que los deshereta, e instituesca altre en son loc, qui haja de provar la causa del desheretament esser vera; e si una de aquestas coses hi defall, no pot desheretar Fill, ne Filla, Net, ne Neta en nenguna guisa, e siu fa, va será, e res no valrà.*”

(438) Cfr. Borrell i Soler, op. y vol. cit., § 510, pp. 448 y nota 20.

(439) Cfr. Borrell i Soler, op. y vol. cits., § 508, p. 441.

(440) Cfr. Borrell, loc. últ. cit., pp. 440 y ss.

hemos visto, la acción derivada de la desheredación injusta ha quedado reducida en Cataluña, conforme al art. 141, § 2.^o, Comp. Cat., a una acción de reclamación de legítima, sin nulidad en parte ni siquiera de la institución, ni rescisión ni rectificación de la partición, sino sólo de petición de una legítima que puede pagarse en dinero, esa acción en nada se parece ya a la querella, sino que sólo es una acción de reclamación de legítima.

Es evidentemente aplicable a Cataluña el referido n. 4 del art. 15 Ley Hipotecaria con referencia a la ineficacia, *respecto a tercero*, a partir de los cinco años de la inscripción en el Registro de la propiedad, de la declaración judicial de que la desheredación es injusta.

d) *Navarra.*

50. Al tratar de la desheredación en Navarra hemos visto que puede referirse a la de los hijos de un matrimonio anterior, a la legítima foral y al usufructo de fidelidad. Vamos a ver ahora los efectos de la desheredación injusta en estos tres casos:

I) La *desheredación injusta del usufructo de fidelidad* no puede surtir efecto alguno; es decir, su sanción ha de ser simplemente su ineficacia.

II) La *desheredación injusta de un hijo habido de un matrimonio anterior* dará lugar, por la nulidad de ésta, a la aplicación de la ley 48 de las Cortes de 1765-1777 (Ley XIX, Lib. V de la Recopilación), en virtud de la cual será inútil la institución de tales hijos en la legítima del Fuero, a efectos de excluirlos enteramente o instituirlos en menor cuota, sino que deberán ser igualados con el instituido o instituidos del segundo o ulterior matrimonio que más porción tuviese señalada en el testamento (441).

El Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra de 1959, en su Ley 233, inciso 2.^o, dice que “concurriendo descendientes de dos o más matrimonios, los del anterior no podrán ser apartados de la herencia sino por justa causa de desheredación”. Disposición que complementa la Ley 303: que, en su § 1.^o, repite la doctrina de que no se puede favorecer al nuevo consorte ni a los hijos que de él se tuviere, o a sus respectivas estirpes, más que al menos favorecido de matrimonio anterior; y en su § 2.^o previene que: “El exceso, si lo hubiere, se corregirá igualando a los perjudicados con cargo a los beneficiados, sin alterar las participaciones de los demás.”

El Proyecto particular de 1967, en el § 2.^o de su Ley 231, precisa que: “Si recibiesen menos, el defecto se corregirá igualando a los perjudicados con cargo a los beneficiados, sin alterar las participaciones de los demás. Sólo podrán ejercitarse la acción de inoficiosidad los hijos o descendientes perjudicados o sus causahabientes, y habrán de inter-

(441) Cfr. Alonso, “Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra”, Lib. V, Tit. I, ley XXI (cfr. ed. Pamplona 1964, vol. I, pp. 339 y s.).

ponerla dentro de los cuatro años siguientes, a contar del fallecimiento del disponente. Cuando el causante, en acto *inter vivos* o *mortis causa*, hubiere atribuido a los descendientes de anterior matrimonio bienes determinados cuyo valor resulte excesivo, podrán aquellos descendientes compensar a los de anterior matrimonio con bienes de la herencia o en dinero.”

Los autores de este Proyecto particular (442) aclaran en sus notas: que: “La posibilidad de satisfacer en dinero a los descendientes de anterior matrimonio es confluente con el principio general de Derecho romano de que los que tienen derecho a que se les complete una parte alícuota de la herencia pueden ser pagados en dinero.”

III) En cualquier otro caso la desheredación injusta parece que no tiene trascendencia: el hijo se entenderá con derecho a su legítima foral simbólica (443); pero no se considerará preterido, ni nada sustantivo puede reclamar.

La intrascendencia de la desheredación, justa e injusta, en el supuesto de haberse dejado al hijo la legítima foral, aunque se le desheredase sin justa causa, resulta de las SS. 28 junio 1864 (444) y 26 noviembre 1866 (445).

La intrascendencia de la desheredación injusta cuando expresamente no se haya dejado la legítima foral, resulta del hecho de la inmaterialidad de esta y de la liberrísima disponibilidad de la parte

(442) Juan García Granero, José Javier Nagore, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D'Ors Pérez-Peix, José Javier López Jacoiste y José Arregui Gil, *Nota a la ley 231*, pp. 168 y s.

(443) La S. 2 enero 1946 dice en un inciso de su 5.^º Considerando, que la legítima foral navarra “puede ser formulario, mas no escusible sin desheredación”.

(444) La S. 28 junio 1864 en su 2.^º Considerando observó que los cónyuges testadores en el testamento en que se instituyeron herederos recíprocamente, se atemperaron a la ley 16, tít. 13, lib. 3 de la Novísima Recopilación, “al dejar a sus cuatro hijos dicha legítima foral por más que los excluyesen, desheredasen y apartasen de los demás bienes”. Añadiendo, en el 3.^º considerando “que instituyéndose después herederos mutuamente los dos cónyuges, pudieron imponerse las restricciones y condiciones que tuviesen por conveniente, siendo lícitas y honestas; y que por lo tanto al ordenar que no pudieran señalar ni dejar bienes algunos a la demandante, no tuvieron necesidad de expresar la causa por lo que hacían usando de su derecho y no perjudicando el de aquélla, que quedaba a salvo con la legítima”.

(445) La S. 26 noviembre 1866, en sus dos primeros considerandos explica el supuesto de hecho en virtud del cual no dio lugar al recurso interpuesto por el hijo desheredado sin expresión de causa. Observa el 1.^º que el testador en su testamento “hizo dos instituciones, la primera de la legítima foral a favor de sus cuatro hijos, sus nietos y demás parientes que por cualquier causa tuviesen derecho y la segunda del remanente de sus bienes en favor de los mismos cuatro hijos”; y el 2.^º dice que “en el codicilo de 1857, como los posteriores otorgados todos con las mismas solemnidades del testamento y después de la lectura de éste, no alteró la institución en la legítima foral en favor de sus cuatro hijos; y si bien exheredó al Don Donato esta exheredación se limitó a la herencia libre de la que podía disponer la testadora con arreglo a las leyes y Fuero de Navarra”.

de libre disposición, que abarca toda la herencia menos la legítima foral simbólica.

Es cierto que la S. 28 junio 1864 dijo en su 4.^º considerando: “que el cap. 8, tít. 4, lib. 2.^º del Fuero General de Navarra tiene lugar cuando sin dejar la legítima foral a los hijos el testador los desheredá, en cuyo caso no puede hacerlo sin expresar una de las causas que el mismo señala, circunstancia que no concurre en el que se trata para que fuese írrito el citado testamento”. Pero esa ley es anterior a la declaración de la plena libertad de testar de los caballeros y, por tanto, a su extensión a todas las demás clases sociales en Navarra, por lo cual debe hoy estimarse modificada, en los términos que expresó, en su 5.^º Considerando, la S. 26 noviembre 1864, al entender que los capítulos 8, tít. 4, lib. 2.^º; 1.^º, tít. 6.^º, lib 2.^º, y 1.^º, tít. 20, lib. 3.^º del Fuero General y la ley 16, tít. 13, lib. 3.^º de la Novísima Recopilación de Navarra, invocadas en el recurso “se refieren a la necesidad de expresar la causa de la exheredación cuando se trata de la legítima foral”.

Aislada de ésta la parte libre, y equivaliendo la desheredación sin causa al apartamiento de esa parte disponible, queda concretada la ineficacia de la desheredación sin causa a la legítima foral. No es pues de extrañar que J. García Granero, J. J. Nagore, J. Aizpun Tuero, Alvaro D'Ors, J. J. López Jacoste y J. Arregui Gil (446) hayan comentado que: “La doctrina de la desheredación sólo es aplicable en Derecho Navarro, además del supuesto de privación del derecho de usufructo de fidelidad, al caso de privación de derechos a los hijos de anterior matrimonio.”

e) *Tierra llana de Vizcaya.*

El art. 23, 2.^º, de la Compilación de Vizcaya dice que los herederos forzados comprendidos en los núms. 1, 2 y 3 del art. 22 —hijos y descendientes legítimos, naturales reconocidos y padres y ascendientes legítimos— “podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su herencia”.

Y el § 3.^º del mismo artículo dice que el apartamiento de los colaterales tronqueros respecto los bienes de su propia línea “podrá ser expreso o tácito, considerándose tácitamente apartados aquéllos a cuyo favor no se haga la institución”.

No cabe, pues, plantear hoy la desheredación injusta de la legítima foral individual (447).

(446) Notas al Proyecto particular de 1967, Ley 231, p. 159.

(447) Para el Derecho anterior a la Compilación, afirmó Francisco Javier de Arcillona y Landesa (“Erróneas interpretaciones dadas a la Jurisprudencia vizcaína del Tribunal Supremo”, en A. D. C. XII-II, abril-junio 1959, p. 676) que la falta de *formal* apartamiento, determinaba la nulidad de la disposición de bienes establecida.

El problema se centra, tan solo al caso de desheredación o apartamiento, sin justa causa de desheredación, del único o de todos los herederos forzosos del grupo preferente en el caso dado. En esos supuestos la desheredación no será válida; y la herencia forzosa deberá deferirse conforme las reglas de los arts. 22, 24 y 25, en relación con los arts. 31 y 32 a) de la Compilación de Vizcaya. Criterio que corresponde al del art. 851 C. c., pero adaptado a la legítima global vizcaína y a sus reglas y cuantía.

Disciplina del modo testamentario imposible (*)

AGUSTIN LUNA SERRANO

SUMARIO: I. EL MODO COMO ELEMENTO DEL NEGOCIO TESTAMENTARIO.—1. Concepto, función y contenido del modo.—2. Diferenciación del modo de otras figuras afines.—3. Objeto de este trabajo.—II. LA OBLIGACIÓN TESTAMENTARIA MODAL.—4. Régimen jurídico general.—5. Cumplimiento de la obligación modal: ejecución forzosa.—6. Revocación de la liberalidad por incumplimiento del modo.—III. LA IMPOSIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DEL MODO TESTAMENTARIO: A) *Imposibilidad originaria del modo*.—7. Intranscendencia del modo absolutamente imposible.—8. La aposición del modo imposible como único motivo determinante del testador.—9. Cuestiones acerca de la imposibilidad relativa del modo.—10. Posibilidad sobrevenida del modo imposible—B) *Imposibilidad sobrevenida del modo*.—11. Régimen de la imposibilidad imputable a los interesados en el modo.—12. Tratamiento de la imposibilidad absoluta en los demás supuestos.—13. Régimen de la imposibilidad relativa del cumplimiento del modo—14. Cumplimiento análogo del modo relativamente imposible.—15. Personas legitimadas para solicitar el cumplimiento análogo del modo.—16. Incumplimiento del modo relativamente imposible.

I. EL MODO COMO ELEMENTO DEL NEGOCIO TESTAMENTARIO

1. *Concepto, función y contenido del modo.*

Mediante los llamados elementos accidentales o modalidades del negocio jurídico la voluntad privada conforma el negocio típico según su concreto interés. Por eso, no puede decirse que la voluntad se limite ni limite sus efectos cuando es modal. En realidad, en el negocio modalizado —condicional, sujeto a término o imponiendo una carga a una liberalidad— lo que hay es sólo una limitación o, mejor, una configuración del contenido y de los efectos típicos propios del negocio, puesto que a través de las modalidades que se insertan en el negocio los motivos particulares que el sujeto agente tiene para realizar la causa negocial y que probablemente no encontrarian satisfacción con la conclusión pura y simple del negocio típico adquieren relevancia

• (*) Este trabajo está destinado a los *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*.

jurídica penetrando en la estructura negocial (1). En este sentido, la condición, el término y la carga o *modus* son modalidades o elementos accidentales del negocio jurídico típico, pero son elementos esenciales, en cuanto constitutivos del mismo (2), del negocio concreto condicional, a término o *sub modo*.

Entre las modalidades o elementos accidentales que se pueden añadir a un negocio jurídico es quizás la carga o modo el que más propiamente realiza esa función configuradora. En efecto, el *modus*, al igual que la condición y que el término, se refiere a la eficacia del negocio; pero a diferencia de ellos —que hacen inciertos o limitan en el tiempo los efectos del negocio, pero que, en definitiva, los dejan tal cual han de ser según el contenido típico que al negocio corresponde—, introduce sobre los efectos típicos del negocio otros efectos, más secundarios o accesorios, queridos por la voluntad del agente en cuanto que a través de ellos consigue la satisfacción de un interés subjetivo que la ley debe proteger si es legítimo (3).

De esta particular función que el modo está llamado a llenar se desprende, por de pronto, que, a diferencia de lo que ocurre en los otros casos de determinaciones accesorias de la voluntad, aquí nosotros encontramos ya con una voluntad preceptiva única, que sólo quiere los efectos típicos —aunque de una determinada manera: bajo condición, a término—, sino con dos aspectos perfectamente diferenciados de la voluntad negocial, que quiere, desde luego, los efectos típicos del negocio (voluntad principal), pero que tiene también interés en que del acto positivo de que nace el negocio —vo-

(1) Vid. SANTORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho civil* (traducción y concordancias de A. Luna Serrano) (Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964), p. 228 s. Sobre el modo, en general, vid. SCUTO, C., *Il modus nel diritto civile italiano* (Palermo, Orazio Fiorenza, 1909); CASTÁN, J., *El modo en los actos jurídicos: I. Función del modo en la técnica del Derecho civil; II. Formación del modo en la historia del Derecho civil; III. Concepto del modo*, en *Revista de Derecho Privado*, 1918, p. 91 ss.; 1919, p. 102 ss. y 1921, p. 211 ss.; ZAPULI, C., s. v. *Modus*, en *Nuovo Digesto Italiano* VIII (Torino, Utet, 1939); VINDIGNI, G., s. v. *Modo*, en *Novíssimo Digesto Italiano* X (Torino, Utet, 1964), p. 821 ss.; y especialmente TORRALBA, O. V., *El modo en el Derecho civil* (Alicante, Caja de Ahorros del Sureste de España, 1966).

(2) Vid. SANTORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas* cit., p. 228.

(3) Arg. art. 1.255 Cc. Precisamente la figura del modo se justifica por tener la función señalada de hacer posible al disponente el logro de determinadas finalidades que de otra manera no podría conseguir. “Es ésta —ha escrito brillantemente BIONDI, B., *Le donazioni* (Torino, Utet, 1961), p. 648— la constante función histórica del modo: la de ampliar y completar el ordenamiento jurídico mientras aquellas finalidades no sean reconocidas por la ley como suficientes para formar, para alcanzarlas, nuevos negocios típicos. Aunque el ordenamiento moderno conozca las amplias categorías de la disposición testamentaria y del contrato y no solamente limitadas figuras típicas, es posible, a pesar de todo, que la voluntad negocial, si se mueve en la órbita de lo lícito, no se encuadre en alguna categoría general. La función del modo no disminuye en función del desarrollo del ordenamiento jurídico. Mientras no sea reconocido el principio de que la voluntad privada, si se mueve en la esfera de lo lícito, tiene efectos jurídicos, la disposición modal tendrá su razón de ser.”

luntad expresada en una forma— se deriven, además, unos efectos que no están previstos en el tipo negocial puro (voluntad accesoria) (4).

Desde otro punto de vista, hay que concluir, teniendo en cuenta su función configuradora típica, que el *modus*, por tener siempre un contenido económico gravoso (carga consistente técnicamente en una obligación) (5), aunque pueda estar determinado por un interés esquisitamente moral, sólo puede imponerse en los negocios esencialmente gratuitos (6), como la donación y la disposición testamentaria, mientras que los otros elementos accidentales pueden imponerse

(4) Tal es la doctrina más generalizada sobre el modo: cfr. CASTÁN, J., *El modo* cit. (III. *Concepto del modo*), p. 216; SCUTO, C., *Il modus* cit., p. 132 ss.; COVIELLO, L., *Manuale di diritto civile* (4.^a ed.) (Milano, Società Editrice Libraia, 1929), p. 446 ss.; OERTMANN, P., *Introducción al Derecho civil* (traducción de L. Sancho Seral) (Barcelona, Labor, 1933), p. 302; PUGLIATTI, S., *Atto giuridico e determinazione accessoria di volontà*, en *Rivista di diritto civile*, 1937, p. 43 ss.; BARASSI, *Istituzioni di diritto civile* (3.^a ed.) (Milano, Giuffrè, 1946), p. 119; BARBERO, D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano I* (3.^a ed.) (Torino, Utet, 1950), p. 428; ALBALADEJO, M., *Instuciones de Derecho civil I* (Barcelona, Librería Bosch, 1960), p. 414, etc. Recientemente esta opinión ha sido brillantemente atacada por GIORGIANNI, M., *Il "modus" testamentario*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, esp. p. 21 ss.; en resumen, la tesis de este autor, basada en el contenido del *modus* como conducta y en su naturaleza de verdadera obligación, es la de que esta institución tiene, en la actual dinámica de la sucesión *mortis causa*, una individualidad propia. A su entender, la tesis de la accesoriedad sólo puede justificarse en un régimen de rigurosa tipicidad del negocio testamentario como de disposición de bienes, y en la actualidad no hay duda de que el testador puede regular su sucesión además de disponiendo de sus bienes imponiendo obligaciones al heredero: vid. también BINDER, J., *Derecho de sucesiones* (traducción de J. L. Lacruz) (Barcelona, Labor, 1953), p. 339 y 341. En realidad, como el propio GIORGIANNI reconoce, la cuestión depende de la organización que cada Derecho positivo dé a la sucesión por causa de muerte: en concreto, para el Derecho civil español, cuyo sistema sucesorio está referido a la propiedad y regula exclusivamente la suerte del patrimonio cuando muere su titular, como bien indica la rúbrica del Libro III del C. c., es lógico que se excluya el *modus* del mecanismo de la sucesión, como figura autónoma, y se le considere un elemento accidental de la disposición testamentaria: cfr. LACRUZ, J. L., *Notas al libro de BINDER*, cit. p. 339. Recientemente parece también contrastar la tesis tradicional de la accesoriedad del modo, tanto si se impone en los negocios *inter vivos* como en los *mortis causa*. TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 76, quien considera aplicable al Derecho moderno el concepto de *modus* en Derecho romano determinado en otra parte de su obra (p. 20), según el cual el *modus* aparece unas veces como fin secundario y otras como fin principal de la disposición.

(5) Siguiendo la tesis tradicional de que *modus est in obligatione*, como obligación califica al modo el art. 797, párr. 2.^o *in fine*, C. c. Sobre la naturaleza jurídica del modo como obligación en sentido técnico (a la que no obstante tradicionalmente se habla también de carga modal), que nace cuando se adquiere la liberalidad: cfr. ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo*, en *Revista de Derecho Notarial*, XVII-XVIII (julio-diciembre 1957), p. 84 s.; COVIELLO, L., *Manuale* cit., p. 446 ss.; BARBERO, D., *Sistema* cit., p. 428; SANZORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas* cit. p. 245; BETTI, E., *Teoria generale del negocio giuridico* (2.^a ed.) (Torino, Utet, 1960), p. 539.

(6) La doctrina sostiene pacíficamente que el modo sólo es aponible a los negocios jurídicos gratuitos: cfr. autoridades cit. n. 4, y últimamente TORRALBA,

lo mismo en las liberalidades que en los negocios con causa onerosa. En la donación o en la institución de heredero o de legatario *sub modo* “en la causa característica del negocio a título gratuito —que es el enriquecimiento ajeno sin compensación— viene a injertarse un fin ulterior (7) de carácter no gratuito, sino oneroso, que tiende a configurarlo” (8), constituyendo así la carga o *modus*, como una de sus acepciones en los textos romanos indica (9), como una medida de la liberalidad (10).

O. V., *El modo* cit., p. 35 s., mantiene esta misma tesis de que el modo requiere la existencia de una liberalidad que le sirva de fundamento. No obstante, aparte de que ya con relación al Derecho romano se orientó DERNBURG, *Pandette I* (Torino, 1906), p. 346, n. 3, por una limitada aponibilidad del *modus* a los negocios onerosos, recientemente la S. de 3 de junio de 1964, interpretando una cláusula de un contrato de compraventa en la que el adquirente se comprometía a seguir dedicando la cosa transmitida al mismo fin a que la venía consagrando el vendedor, considera que tal pacto “supone el establecimiento de una estipulación lícita, aunque poco frecuente, de mera adscripción *modal* en cuanto al uso y aprovechamiento” y parece admitir el modo apuesto a un negocio onero, si bien se puede considerar que la obligación contemplada en el caso de referencia forma parte de la contraprestación negocial. Es probable, en todo caso, que se pueda hablar de la existencia de un verdadero modo negocial en el crédito agrario, cuyo destino es elevado, por declaración de las partes, a verdadera obligación dimanante del negocio. “En este caso —escribe FERNÁNDEZ-BOADUO, P., *El negocio jurídico de crédito agrario*, en Temis 15 (1964), p. 32 s. y 38— estamos ante un negocio jurídico *cum modo* o modalizado, que no por eso dejaría de ser un crédito ordinario. En efecto, solamente cuando el fin (destino) se objetiviza injertándose en la causa ... estamos ante el negocio jurídico de crédito agrario”, que es el “crédito especial concedido directamente o indirectamente por el Estado a los agricultores para fines específicamente tipificados de carácter agrario”.

(7) Mejor podría hablarse, quizás, de causa onerosa que de fin. Es cierto que el negocio *sub modo* tiene siempre una causa liberal y que el *modus* no es nunca correlativo a la liberalidad, pero no deja de ser un elemento oneroso que se injerta, aunque no la contamine absolutamente, en la causa de la atribución gratuita: vid., sin embargo, SANTORO-PASARELLI, F., *Doctrinas* cit. página 245. En realidad, la causa del negocio *sub modo* será onerosa en cuanto el gravamen represente un deber de realizar prestaciones valiosas en dinero que disminuyen la liberalidad: cfr. LÁCRUZ, J. L., *Notas al libro de BINDER* cit., página 339. En contra de la necesaria onerosidad del modo: vid. BINDER, J., *Derecho de sucesiones* cit., p. 341.

(8) BETTI, E., *Teoría general de la herencia* cit. p. 551.

(9) Además de esta acepción de medida o límite cuantitativo tiene otra de modo o manera de emplear la cosa que se recibe: cfr., por ejemplo, a propósito del legado, *Digesta* 35, 1, 17, 4, y 35, 1, 40, 5. Para una exposición esquemática de las varias significaciones jurídicas del *modus* en el Derecho romano vid. BIONDI, B., s. v. *Modo* (derecho romano), en “Novísimo Digesto Italiano” X (Torino, Utet, 1964), p. 820-821. Es conveniente tener en cuenta, en todo caso, que en las fuentes romanas la designación del modo como *modus* sólo se encuentra en la época justinianea: cfr. *Codex* 6, 45; 6, 54; *Digesta* 35, 1. Los jurisconsultos clásicos emplean para designar al modo las palabras *lex*, *causa*, *condicio*, o bien indicaban que se hacía la atribución “de tal modo que” o “para que” (*ut*): cfr., por ejemplo, el texto de Gayo, en *Digesta* 35, 1, 14, 14. Vid. ALVAREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico en Derecho romano* (Madrid, Ed. Revista Deusto Privado, 1954), p. 37, n. 69.

(10) Cfr. SANTORO-PASARELLI, F., *Doctrinas* cit., p. 232.

Estas dos características señaladas, que separan a la carga o modo de las otras modalidades que se pueden imponer a los negocios jurídicos, no dejan de tener trascendencia en el tratamiento y en el régimen de los efectos del negocio jurídico *sub modo* y tienen acaso una mayor virtualidad en los negocios *mortis causa* que en los negocios *inter vivos*, en atención a los distintos criterios interpretativos esenciales —la investigación de la voluntad del autor y la confianza, respectivamente— que convienen a cada una de estas dos especies en que por razón de la causa, se distinguen los negocios jurídicos.

2. Diferenciación del modo de otras figuras afines.

El modo testamentario ha sido confundido, sobre todo, con el *mudum praceptum*, con el motivo del negocio atributivo *mortis causa*, con la fundación testamentaria, con la condición y con el legado. Como en el caso de la mera recomendación no hay propiamente una obligación jurídica en sentido técnico, y como la confusión entre modo y motivo y entre modo y fundación sólo puede tener lugar a escala funcional —cuando a través del modo se realiza un motivo, en principio jurídicamente irrelevante dentro de la dinámica negocial (11), o se lleva a cabo la constitución de una persona jurídica fundacional (12)—, sólo es necesario insistir en la frontera del modo con la condición y con el legado, cuya distinción no siempre se presenta fácil.

En efecto, aunque desde el punto de vista conceptual —según se ha señalado— y desde el de la técnica jurídica (“la condición suspende, pero no constrictie; el modo constrictie, pero no suspende”) (13)

(11) Vid., por todos, ALBALADEJO, M., *Instituciones* cit., p. 415 s. Sobre los motivos del negocio jurídico, en general, vid. SANTORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas* cit., p. 210 ss.

(12) En el Derecho romano la aposición del *modus* testamentario tenía con frecuencia la misma finalidad práctica que la creación de las fundaciones. Por las consecuencias que las determinaciones testamentarias modales podían tener en el tráfico jurídico se llegó a prohibir que los particulares destinases su patrimonio o cosas singulares del mismo para un fin perpetuo o permanente, puesto que el disponente podía lograr el mismo resultado instituyendo como beneficiario a una persona pública que tuviere aquel fin entre sus propios institucionales: vid. SEGRÉ, D., *Sulle istituzioni alimentarie imperiali*, en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 2 (1889), p. 78 ss. Evidentemente, en el Derecho moderno también puede servir el modo testamentario como vehículo de constitución de una fundación, pero, aparte de que esto no ocurre así siempre, la jurisprudencia ha distinguido muy claramente entre fundación y modo, adoptando como criterio discriminador en los casos planteados el del nacimiento o no de una persona jurídica como inmediata consecuencia de la disposición testamentaria: cfr. S. 9 de febrero de 1948. Si en el testamento hubiere previsto el *de cuius* la posibilidad de revocar en favor de sus herederos *ab intestato* la institución que se discute si es *sub modo* o constitutiva de una fundación, es claro que nos encontramos en tal caso ante un caso de modo y no ante un supuesto de creación de una fundación, puesto que la posibilidad de revocación es incompatible con el concepto de fundación.

(13) Como hace notar ALBALADEJO, M., *Instituciones* cit. I, p. 416, más exacto sería decir de la condición que hace inciertos los efectos, pero no constrictie. El

la condición y el modo son categorías diferentes, lo cierto es que una y otro no han sido bien diferenciados por muchos autores ni han obtenido siempre en las leyes un tratamiento independiente y específico (14). La razón de esta confusión, que deriva de los textos romanos

El mismo autor señala también que la condición es presupuesto de la eficacia del negocio jurídico y el cumplimiento del modo lo es de su irrevocabilidad. La fórmula recogida en el texto es paralela a la también tradicional de que *modus est in obligatione; conditio non est in obligatione*. Con relación a la imposibilidad del modo testamentario, que se estudia *infra*, se puede señalar que al contrario de lo que ocurre mientras no se verifica la condición, en cuyo caso se excluye la posibilidad para el instituido de conseguir la herencia o el legado, la imposibilidad del cumplimiento del modo —cuando es independiente de la voluntad del instituido— no determina la decadencia de la institución hereditaria o del legado: vid. Ricci, F., *Corso teorico-pratico di diritto civile* III (2.^a ed.) (Torino, Ute, 1886), p. 465. En general, para la diferenciación entre condición y modo, vid. Mastursi, *Sulla differenza tra condizione e modus*, en *Giurisprudenza Completa della Cassazione civile* 1954 I 1 p. 89 ss., y por todos, Barbero, D., *Sistema* cit. I, p. 428, y Albaladejo, M., *Instituciones* cit. I, loc. cit. Sobre la distinción entre condición y modo y sobre los caracteres y el régimen de estas dos determinaciones accesorias de la voluntad negocial ha tenido ocasión de ocuparse nuestra jurisprudencia, entre otras, en las Ss. de 9 de julio de 1910, 2 de enero de 1928, 4 de junio de 1936, 2 de noviembre de 1944,¹⁴ 14 de diciembre de 1944, 13 de diciembre de 1953, 27 de diciembre de 1961 y, últimamente, 18 de diciembre de 1965 (sobre esta última vid. nota crítica de Vallet de Govtisolo, J., en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (enero-febrero 1967), p. 166 ss.). La diferencia entre modo y condición se ha hecho más evidente por la admisibilidad, pacíficamente aceptada, del modo sujeto a condición: cfr. Natoli, U., *In tema di modo condizionale*, en *Giurisprudenza Completa della Cassazione civile*, 1950, III, p. 1064 ss.

(14) De la realidad de esta confusión es buen ejemplo nuestro Código civil en sus artículos 797 y 798, y aun en toda la sección en que éstos se contienen (que en su rúbrica no considera al modo como categoría específica absolutamente diferente de la condición: "De la institución de heredero y del legado condicional o a término"), donde con frecuencia se toma una figura por otra y donde, de manera inexplicable después de contemplarlo, no se contiene una disciplina completa del modo, quizás por entender que es la misma, cuando no se previene otra cosa, que la que se dicta para la condición. Dice bien Mucius Scaevola, *Código civil comentado y concordado* (5.^a ed., por J. Ortega Lorca) XIII (Madrid, Reus, 1944), p. 763, que "el plan de toda la sección es laberíntico, como acaso el de ninguna otra del Código. No se comprende como el artículo 797, relativo al modo o gravamen, se encuentra colocado en medio de las disposiciones sobre la condición, cuando lógica y naturalmente, por la distinta materia de que trata y hasta por su carácter excepcional, debería figurar a continuación del 804". Critica también este autor que el artículo 798, que empieza con una disposición relativa al gravamen, acabe con otra que él considera propia de las condiciones, "cuyo estudio había quedado interrumpido en el 797". A mi modo de ver, sin embargo, el párrafo segundo del artículo 798 del Código, aunque hable de condición, se refiere exclusivamente al modo; en el mismo sentido, con la reserva de que la distinción entre condición y modo recogida en el artículo anterior ha podido vincular al legislador, en cuyo caso nos encontramos ante una norma propia de las condiciones. Espín, D., *Manual de Derecho civil* cit. V (Madrid, 1957), p. 201 n.; Royo Martínez, M., *Derecho sucesorio "mortis causa"* (Sevilla, Edelcé, 1951), p. 150, entiende, por su parte, que el párrafo segundo del artículo 798, aun cuando se refiere expresamente a la condición, es también de aplicar, por su colocación, al modo. Las graves deficiencias que se observan en nuestro Código civil, que no es el único cuerpo legal que padece la confusión de que vengo hablando, proviene, sin duda, de

y que tiene una larga tradición histórica (15), quizá no esté tanto en haberse desentendido los legisladores y los comentaristas de las leyes de la relevancia que en los negocios —sobre todo en los negocios *mortis causa*— debe tener la voluntad generadora de los mismos (*modum non tam verba faciunt quam voluntas*), como en la similitud de contenido que pueden ofrecer ambas figuras, siendo el del modo de gran variedad y pudiendo incluso consistir solamente en una conducta y agotarse en ella (16). En la práctica, cuando nos encontramos con una cláusula testamentaria de la que dudamos si contiene un *modus* o una condición, habrá que buscar cuál es la voluntad del testador, que se deducirá no tanto de sus palabras como de su intención (17), y si ello no bastare, como dice Lacruz (18), debe optarse por el modo

la consideración del modo como condición, siquiera especial y con régimen distinto al de la condición ordinaria, e incluso de un defecto de traducción —que también sufrió el Código civil italiano de 1865; cfr., por ejemplo, arts. 1.067 y 1.128— del Código de Napoleón: cfr. arts. 953, 954 y 956 del *Code*. Los artículos 797 y 798 recogen casi a la letra sus antecedentes inmediatos: cfr. artículos 714 y 715 del Proyecto de Código civil de 1851 y artículos 884 y 885 del Anteproyecto de 1882-1888. El *Anteproyecto del Código civil español (1882-1889)* ha sido recientemente publicado por PEÑA, M., con un estudio preliminar, notas y concordancias (Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1965). Ultimamente CANO TELLO, C. A., *La institución y el legado "sub modo" en el Código civil*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1966, p. 679 ss., ha pretendido, con una sugestiva argumentación, que el párrafo segundo del artículo 797 Cc. se refiere a la condición potestativa y no al modo; mas no parece que tal interpretación tenga fundamento definitivo, dados los antecedentes legislativos y la propia redacción del precepto; también contradice esta tesis una interpretación sistemática de la norma: cfr. la nota crítica que a la S. de 18 de diciembre de 1965 hace VALLET DE GOTTSISOLO, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1967, p. 163 ss., esp. p. 174.

(15) Vid. CASTÁN, J., *El modo en los actos jurídicos* (II. *Formación del modo en la historia del Derecho civil*), en *Revista de Derecho Privado* 1919, p. 108 ss. Aunque los jurisconsultos romanos ya no confunden el modo con la condición en la época postclásica: cfr. *Digesta*, 35, 1, 80, pr., a veces al modo lo llaman todavía condición: cfr. *Digesta*, 35, 1, 71, 1 y 35, 1, 108, pr. Sólo en el *Codex Justinianeo* alcanza el *modus* una acepción precisa en las rúbricas: cfr. *Codex*, 6, 45, *De his quae sub modo legata*; 6, 54, *De donationibus quae sub modo conficiuntur*. Vid. una indicación de las vicisitudes de la confusión en la codificación en la n. anterior.

(16) Piénsese, por ejemplo, en la escasa diferencia de contenido que puede haber entre un modo consistente en la obligación de realizar, con parte de lo recibido en el testamento, una obra piadosa y el de una condición potestativa consistente en la realización de una obra de beneficencia por parte del llamado a la sucesión. Se ha llegado a hablar por algunos autores, como GIORGI, *Teoria delle obligazioni*, tomo IV, núm. 387, cit. por CASTÁN, *El modo en los actos jurídicos* (III) cit., p. 211, de condición modal para expresar el concepto técnico de modo. El mismo texto del artículo 797, párrafo primero, que coincide con el del párrafo primero del artículo 714 del proyecto de 1851, indica claramente la posibilidad de que carga y condición tengan el mismo contenido y que sólo se diferencien por la voluntad del testador.

(17) Cfr. art. 797, párrafo primero, *in fine*. Vid. art. 668, párrafo segundo, Cc.

(18) LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de BINDER cit., p. 342. La presunción del artículo 797, párrafo primero, C. c. se basa en la consideración de que

“en virtud de la *praesuptio iuris* —siquiera no muy apremiante— del artículo 797”.

La confusión entre legado y modo se debe también a la similitud de contenido. Ambos consisten en un gravamen impuesto al heredero o al legatario, pero el legado (o sublegado), a diferencia del modo, es siempre una atribución patrimonial directamente hecha al legatario (o sublegatario) (19). Para determinar si una disposición testamentaria contiene un legado o una carga modal habrá que estar, como en el caso de duda entre la carga y la condición, a la voluntad del testador, pero teniendo en cuenta, en todo caso, que es legado la atribución patrimonial que en el testamento se hace directamente —y no a través de una obligación personal de carácter accesorio impuesta a otra persona— al beneficiario (20). Por este camino, aunque con alguna exageración, se ha llegado a señalar, con criterio que puede tener un indudable valor práctico, que cuando el contenido del gravamen que se impone a la liberalidad testamentaria lo sea en beneficio de un tercero determinado, nos encontramos frente a un legado obligatorio, que será de distinta categoría según el contenido de la disposición,

normalmente el modo implica consecuencias menos gravosas para el sujeto pasivo que la condición y está acogida legalmente en observación del principio del *favor debitoris* contenido en la regla *semper in obscuris quod minimum est sequimur*: *Digesta*, 50, 10, 1, 9, y sancionado, en general para las obligaciones, por el artículo 1.289 Cc.

(19) Cfr. POLACCO, V., *Delle successioni I* (Milano-Roma, Società Editrice Libraria-Athenaeum, 1937), p. 330 s.; TORRALBA, V. O., *El modo* cit., p. 184 ss. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil* V 2 (Barcelona, Bosch, 1963), p. 330, se fija, en cambio sobre todo, en la directa atribución del derecho de exigir el legado, mientras en el caso del modo “la acción correspondiente para exigir el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el heredero o legatario gravado corresponderá a terceros sólo formalmente legitimados para el ejercicio de la acción”. Vid. recientemente, siguiendo en parte el criterio aquí sostenido y analizando otros criterios discriminadores, LÓPEZ VILAS, R., *Sobre la distinción entre legados e instituciones modales*, en Anuario de Derecho civil, 19 (1966), 3, p. 575-615, que destaca cómo los criterios tradicionales de distinción fallan sobre todo cuando el modo se constituye en favor de terceros. Sobre la distinción vid. Ss. de 17 de mayo de 1961, 4 de junio de 1965 y 18 de diciembre de 1965 (estas dos últimas comentadas por VALLET DE GOYTISOLO, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1967, p. 166 ss.). Vid. también BRUNORI, E., *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, en *Rivista di diritto civile* 1961 I, p. 468 ss. En última instancia, en la determinación de si una disposición testamentaria es legado (o sublegado) o disposición modal tiene valor decisivo la voluntad del testador: Cfr. S. de 18 de diciembre de 1965. No cabe duda, en cualquier caso, que el legado y el sublegado se pueden instituir *sub modo*: vid. CONTURSI LISI, L., *Il legato modale*, en *Rivista di Diritto civile* 1956, p. 957 ss.

(20) Cfr. Ss. de 2 de enero de 1928, 4 de junio de 1936, 14 de diciembre de 1944, 18 de diciembre de 1953, 6 de febrero de 1909, etc. La cuestión es, con todo, particularmente difícil y a menudo el criterio de distinción está expuesto a ser poco eficaz cuando el modo se apone a la liberalidad en beneficio de terceros, como han puesto de relieve TORRALBA, O. V., *El modo*, cit., p. 188; LÓPEZ VILAS, R., *Sobre la distinción*, cit. p. 597; GIORGIANNI, M., *Il “modus”*, cit., p. 894; ESPINAR, *La herencia legal y el testamento* (Barcelona, Bosch, 1956), p. 161.

mientras que cuando los intereses que el testador quiera satisfacer beneficien a personas sólo genéricamente determinadas, pertenezcan al propio gravado o sean intereses morales, aunque tengan reflejo económico, del propio testador, estamos en el caso del modo testamentario (21).

3. Objeto de este trabajo.

En estas breves notas, que sólo pretenden presentar sistemáticamente ordenada una cuestión interesante del Derecho de sucesiones por causa de muerte, me propongo indicar, a grandes rasgos, la disciplina que corresponde al modo impuesto a una liberalidad hecha en testamento, en los casos en que la ley concede al *de cuius* esta facultad (22), cuando la carga impuesta por el testador al beneficiario es de realización imposible o llega a serlo. El tema, que me ha parecido centrar con las consideraciones que anteceden, ha sido elegido porque, dada la parquedad de la regulación sobre la materia contenida en nuestro Código civil y la estructura de la misma, quedan sin solución en aquél, no pocos de los problemas que el *modus testamentario* imposible o ilícito puede plantear. Puesto que *modus est in obligatione* (23), estudio también el problema de si la dificultad extraordinaria o la excesiva onerosidad *ab origine* o sobrevenidas en el cumplimiento del modo pueden considerarse como imposibilidad.

II. LA OBLIGACION TESTAMENTARIA MODAL

4. Régimen jurídico general.

La obligación testamentaria modal (24) es, como ya he señalado,

(21) Cfr. GIORGIANNI, *Il "modus" testamentario*, cit. p. 89 ss. En este sentido, se tendría disposición modal en aquellos casos en que la carga hubiera sido apuesta por el testador en propio interés (por ejemplo, la erección de un monumento funerario), en interés del obligado (por ejemplo, la conversión en títulos nominativos de los títulos al portador que forman parte del as hereditario) o de manera que sólo indirectamente y no *principaliter* haya alguien que tenga ventaja o interés en el cumplimiento de la carga (por ejemplo, mediante la imposición de encargar la celebración de misas en cierta iglesia o por determinado sacerdote). La tesis de Giorgianni ha sido agudamente criticada por TORRALBA, O. V., *El modo*, cit. p. 191, quien pone de relieve que también en el caso de una carga dispuesta en beneficio del gravado se está ante un supuesto de beneficio en favor de persona determinada. Por su parte, BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, cit., p. 341, se decide siempre, en principio, a falta de voluntad concreta del testador, por el legado, según la *praesumptio facti* de que este es el caso más normal.

(22) El *modus* no puede imponerse sobre la legítima ni sobre la mejora, a no ser el gravamen, en este último caso, en beneficio de los legitimarios del causante o de sus descendientes: cfr. arts. 813 y 820 Cc.

(23) Vid. CASTÁN, J., *El modo en los actos jurídicos* (III), cit. p. 216.

(24) Nuestra jurisprudencia viene considerando reiteradamente al modo como verdadera obligación, de acuerdo con las construcciones doctrinales más autorizadas sobre el mismo: cfr. Ss. de 2 de enero de 1928, 4 de junio de 1936,

una obligación jurídica en sentido técnico, que nace en el momento de la adquisición de la liberalidad (25).

Desde el punto de vista subjetivo, hay que distinguir, respecto a la obligación modal, el autor de la disposición testamentaria de que se deriva la obligación (26) y los términos personales de la relación jurídica obligatoria, que son el beneficiario del modo (sujeto activo) y el gravado con la carga modal (sujeto pasivo).

En el aspecto objetivo, la obligación testamentaria modal puede tener un contenido muy variado (27), reducible a los tres tipos tradicionales de obligaciones de dar, hacer o no hacer, siempre que sea posible, lícito y determinado o determinable (28).

Si *modus est in obligatione*, parece lógico que la obligación de que se trata esté sujeta, en cuanto sea compatible con su naturaleza y estructura, a la disciplina jurídica general de las obligaciones. Así, en efecto, encuentran, en principio, aplicación a la obligación modal los principios jurídicos sobre las modalidades (29), el lugar y el tiempo del cumplimiento de las obligaciones (30); sobre el deber de conservar la cosa debida con la diligencia de un buen padre de familia (31); sobre el cumplimiento de la obligación por parte de un tercero (32);

14 de diciembre de 1944, 18 de diciembre de 1963, etc. La misma doctrina sostiene la Dirección General de los Registros: cfr. Rs. de 11 de marzo de 1896 y 6 de febrero de 1909. Sobre la obligación testamentaria, en general, vid. CRISCUOLI, G., *Le obbligazioni testamentarie* (Milano, Giuffrè, 1965).

(25) Cfr. ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo*, cit., p. 91.

(26) La disposición del *de cuius* es presupuesto de la adición de la herencia o de la adquisición *ipso iure* del legado modales, que determina el nacimiento de la obligación modal: cfr. para el caso de la herencia *sub modo*, S. de 17 de marzo de 1961. Sobre la vocación y la delación de la herencia pueden verse LACRUZ, J. L., *Derecho de sucesiones (Parte general)* (Barcelona, Librería Bosch, 1961), p. 151 ss.; SANTORO-PASSARELLI, F., *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, en *Rivista di Diritto Civile* 1942, p. 193 ss.; NICOLÓ, R., *La vocazione creditaria directa ed indirecta* (Messina 1934), p. 10 ss.

(27) El modo puede tener un contenido muy variado siempre que sea lícito. BIONDI, B., *Succesioni testamentarie e donazioni* (2.^a ed.) (Milano, Giuffrè, 1955), p. 567, n. 4, indica numerosos pasajes del Digesto expresivos de la posible variedad del contenido de la obligación modal: *ut Maeviām uxorem ducat* (*Digesta*, 35, 1, 71, pr.); *ut filiis meis rationem redat*; *ut filios emanciparet* (35, 1, 92); *ut manumitteret* (35, 1, 37); *monumentum fieri* (35, 1, 40, 5); *ut opus aut epulum faceret* (31, 1, 17, 4); *ut fundum emat* (35, 1, 17, pr.). Como límite de la libertad en el señalamiento del contenido del *modus* se indica en el Derecho romano la licitud del mismo: cfr. un texto de Modestino (*Digesta*, 31, 31) a propósito de un legado modal de unos esclavos: *si quis quos non potevi manumittere legavit, ut manumitterentur, nec legatum, nec libertas valet*.

(28) Cfr. arts. 1.088, 1.271, 1.272, 1.273 y concordantes Cc. Vid. VINDIGNI, G., s. v. *Modo* cit., p. 823.

(29) Cfr. arts. 1.095 y 1.097 Cc. Vid. sobre la aplicación al modo de las reglas generales de las obligaciones ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo* cit., p. 90.

(30) Cfr. art. 1.171 Cc.

(31) Cfr. art. 1.094 Cc.

(32) Cfr. arts. 1.158 y 1.159 Cc.

sobre la mora (33); sobre las consecuencias del incumplimiento imputable (34); sobre las causas extintivas de las obligaciones (35), etcétera. A la relación obligatoria modal son también aplicables los medios de protección que el ordenamiento jurídico ha previsto para garantía de las posiciones y pretensiones jurídicas (36).

Sin embargo, dada la función de la obligación modal y su relación de accesoriedad respecto a la atribución gratuita a la que el modo se apone, se discute ampliamente en la doctrina si la obligación modal puede ser objeto de ejecución forzosa en caso de incumplimiento voluntario por parte del obligado por el *modus* y, en íntima relación con la cuestión ahora indicada, si el cumplimiento de la obligación modal puede dar lugar a la revocación de la liberalidad.

Las dos cuestiones planteadas tienen, a mi modo de ver, la solución que conviene a la naturaleza y a la estructura de la obligación modal. He dicho anteriormente que la función propia del modo —función por la que se diferenciaba netamente de la condición y del término— era la de añadir a los efectos propios del negocio gratuito a que se ponía otros efectos no típicos de aquel negocio que el testador o el donante no hubiera podido lograr a través de la conclusión del negocio puro. En este sentido he hablado de voluntad negocial y de voluntad modal accesoria. Ahora bien, esto quiere decir que, aunque las dos determinaciones de la voluntad del agente tienen entre sí una evidente conexión, operan, en cuanto a ello sea compatible con la función y la naturaleza de la modalidad y de los efectos que a través de ella se quieren lograr, de manera separada (37). En cualquier caso, la accesoriedad de la determinación modal sólo se debe entender en el sentido de que su eficacia tiene como presupuesto la eficacia de la determinación voluntaria principal, según la doctrina que se encierra en el conocido principio de que *accessorium sequitur principale*. En realidad, y como luego se advertirá, la determinación accesoria modal

(33) Cfr. art. 1.108 Cc.

(34) Cfr. arts. 1.101 ss. Cc.

(35) Cfr. arts. 1.156 ss. Cc.

(36) Cfr. arts. 1.096, 1.098 y 1.099 Cc. Por supuesto que la obligación modal puede garantizarse con prenda, hipoteca, fianza, etc. Un medio de aseguramiento del cumplimiento de la obligación testamentaria modal se encuentra en el art. 797, párrafo 2º, Cc. Sobre los medios de garantía y defensa del derecho subjetivo vid., en general, BARASSI, L., *Istituzioni di diritto civile* (3.^a ed.) (Milano, Giuffrè, 1946), p. 515 ss. La disposición testamentaria modal puede tener acceso a los libros del Registro fundiario: cfr. MEZQUITA DEL CACHO, J. L., *La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad*, en *Revista de Derecho Privado* 1960, p. 21 ss.; es cierto que lo que se pretende con la constatación registral no es en forma alguna la garantía o protección del derecho del tercero beneficiario del cumplimiento de la obligación modal, sino, cosa bien distinta, la del derecho revocatorio del disponente *sub modo*; pero no cabe duda de que la constatación registral de que se trata protege también indirectamente al acreedor de la obligación modal.

(37) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas*, cit., p. 230 y 246.

sólo afecta a la determinación principal cuando puede inficionar la estructura del negocio gratuito.

5. Cumplimiento de la obligación modal: ejecución forzosa.

Sobre las bases expuestas, no parece dudoso que, en cuanto la obligación testamentaria modal subsista, puede exigirse su cumplimiento, en el límite del valor de la liberalidad recibida a título particular (38), por parte del beneficiario del modo y, en general, por los interesados legítimamente en el cumplimiento; y que esta exigencia de cumplimiento puede llegar a la solicitud de la ejecución forzosa de la conducta en que consiste el contenido de la obligación modal. De esta manera, cuando no tenga lugar el cumplimiento voluntario de la obligación modal por parte del gravado con el *modus*, la ejecución forzosa de la obligación tendrá lugar con arreglo a las normas sustantivas y procesales aplicables al cumplimiento coactivo de las obligaciones ordinarias (39).

Esta solución, que tiene —en cuanto a las consecuencias de la misma— algún apoyo jurisprudencial (40), se aparta, en cambio, de la postura sostenida por Albaladejo, quien considerando, a través de la interpretación de los preceptos de nuestro Código civil relativos al modo, que la obligación modal no está integrada por los dos elementos propios de la posición jurídica del deudor ordinario (deuda y responsabilidad), y que en la obligación de que se trata la responsabilidad está sustituida legalmente por la revocabilidad de la disposición gratuita principal, niega la posibilidad de que la obligación modal pueda ser objeto de cumplimiento forzoso (40^{bis}). Albaladejo apoya su original tesis, en cuanto a la obligación modal impuesta en testamento, en lo preceptuado en el párrafo 2º del artículo 797 del CÓ-

(38) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas* cit., p. 246, congruentemente con el sistema de responsabilidad de los beneficiarios de las atribuciones *mortis causa*, vigente también en el Cc. español. Vid. sobre el nacimiento de la obligación modal S. de 17 de marzo de 1961.

(39) Cfr. arts. 1.096, 1.098 y 1.099 Cc. y 922 ss. Lec.

(40) Cfr. S. de 17 de marzo de 1961, según la cual, "considerando que la cláusula transcrita configura la institución hereditaria... de modal, por referirse a un negocio jurídico *mortis causa*, con expresa carga de cumplir una prestación patrimonial a favor de tercero, cuyo derecho nace frente al instituido desde el momento en que éste aceptó la disposición de última voluntad... el derecho se atribuye inmediatamente al titular designado fuera de todo evento condicional con toda la fuerza *coercitiva* que su ejercicio formal exige para su exacto cumplimiento al ser desconocido por actos extraprocesales del obligado".

(40 bis) Cfr. ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo* cit., p. 94 s. Vid. también Ss. de 2 de enero de 1928 y, sobre todo, de 13 de diciembre de 1953, en la que, con referencia a la obligación impuesta a una heredera de acompañar y asistir a unos parientes hasta el fallecimiento de éstos, se determina que la obligación impuesta no tiene más valor que el de una institución *sub modo*, de las que no supeditan el derecho a la herencia a su cumplimiento, si bien sujetan a quien se imponen a determinadas obligaciones.

digo civil, según el cual lo dejado *sub modo* por el testador "puede pedirse, desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación". Mas no parece que en este precepto se quiera reducir las garantías ordinarias del acreedor de la prestación modal (41), sino sólo reforzar la posición del beneficiario del modo frente a los sucesores del primer gravado en sus bienes y en la deuda modal, quizá porque nuestro Código civil piense que la situación del primer deudor del modo tiene un carácter personalista (42) que no conserva la de sus herederos, más alejados del instituyente *sub modo*.

La solución propugnada, que sin duda alguna puede provocar, si se acepta, importantes cuestiones prácticas por cuanto que no siempre coinciden —como se verá— los legitimados para pedir el cumplimiento de la obligación modal y los legitimados para solicitar la revocación de la disposición testamentaria, tiene a su favor la consideración del respeto debido a la voluntad del testador, quien, a través del cumplimiento del modo impuesto, quería satisfacer un interés legítimo —que incluso solamente puede alcanzarse mediante el cumplimiento efectivo y no sustitutivo (indemnización) de la obligación—, y, además, no puede juzgarse excesivamente dura para la persona del gravado en cuanto que, de una parte, la exclusión de la posibilidad del cumplimiento forzoso ha podido ser prevista por el testador y, de otra, el obligado puede siempre liberarse de la obligación modal mediante la repudiación de la herencia *sub modo* o la renuncia del legado modal (43).

Dada la variedad de contenido —paralela a la inmensa gama de motivaciones personales que deciden a los instituyentes *sub modo*— que puede tener la relación obligatoria modal, es lógico que la ley

(41) Entre las que, como corresponde a todo acreedor, está la de exigir el cumplimiento de la prestación, o sea, en su caso, la ejecución forzosa: cfr. artículos 1.096, 1.098, 1.099 y 1.124, párrafos 2.^º y 3.^º, Cc.

(42) En cuanto el modo está agregado a una disposición liberal que le beneficia directamente. Téngase en cuenta, por lo demás, que en el sistema del Cc. la transmisión pasiva de las obligaciones exige el consentimiento del acreedor: cfr. art. 1.205 Cc., consentimiento que aquí, evidentemente, no ha podido tener lugar; sin duda para compensar al acreedor del modo de los riesgos que pueda entrañar el cambio de deudor, el art. 797, párrafo 2.^º, Cc. exige al nuevo deudor que afiance el cumplimiento de la obligación modal.

(43) Una liberación de la obligación modal no puede nunca tener lugar por renuncia de la liberalidad ya aceptada. Claro está que, en todo caso, el gravado con la carga modal puede ceder la cosa recibida a los acreedores beneficiarios del modo para que satisfagan sus pretensiones sobre ella: cfr. art. 1.175 Cc.; pero no puede confundirse la cesión de bienes con la renuncia liberatoria. La postura sostenida en el texto sobre la posibilidad de ejecución forzosa de la obligación testamentaria modal coincide sustancialmente con las de GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 915, y TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 243, quien aduce razones de conveniencia social para admitir el cumplimiento forzoso del modo. Sobre el cumplimiento del modo en concurrencia con deudas de la herencia, legados, etc., vid. TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 225 ss.

autorice a pedir el cumplimiento del modo no sólo al acreedor modal —que a menudo sólo existe de manera indeterminada—, sino a todos los que tengan un interés legítimo en el cumplimiento (44). Esta determinación ha de ser adoptada por el Derecho positivo simplemente porque en otro caso sería muy insegura la satisfacción de la *voluntas testantis*, que en toda esta materia es fundamental. Más adelante indicaré, a propósito del cumplimiento del modo relativamente imposible, qué personas, en concreto, pueden ser consideradas como tales interesados.

La ley, valorando ciertas circunstancias típicas, considera cumplido el modo cuando el interesado en que se cumpla o en que no se cumpla impide su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario gravados (45).

6. Revocación de la liberalidad por incumplimiento del modo.

La solución de la cuestión planteada sobre la revocabilidad del negocio gratuito *sub modo* en caso de incumplimiento de la obligación modal —a cuyo problema no dedica el Código civil español ningún precepto concreto (46)— hay que buscarla en las consideraciones doctrinales ya expuestas y, en particular, en la de que la determinación modal es, aunque conexa con ella y accesoria de la misma, una voluntad separada de la determinación o voluntad negocial principal.

La aplicación pura de tales principios nos llevaría a aceptar solamente la revocación de la liberalidad testamentaria por incumplimiento de la obligación modal cuando tal consecuencia hubiere sido expresamente prevista por el disponente o cuando resultase que el cumplimiento de la carga había sido el único motivo determinante de la disposición testamentaria (47). Esta línea doctrinal parece seguir

(44) Arg. art. 798, párrafo 2.^º, Cc., que se refiere impropiamente a la condición.

(45) Cfr. art. 798, párrafo 2.^º, Cc. La purificación de la disposición testamentaria que implica este precepto plantea el problema de si el interesado en que no se cumpla el modo que impidiere su cumplimiento debe indemnizar a los interesados en el cumplimiento del modo, acreedores de la prestación modal: la solución debe ser, sin duda alguna, afirmativa, por aplicación del art. 1.902 Cc. Vid. S. de 20 de febrero de 1928.

(46) El art. 797, párrafo 2.^º, Cc. se refiere únicamente al supuesto de la liberalidad modal recibida por los herederos del primer instituido gravado con la obligación modal con fianza del cumplimiento del modo, en cuyo caso la revocación se produciría por efecto de la fianza prestada. Vid. TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 246 ss.

(47) En esta dirección, coincidente con la adoptada en el Derecho italiano por el art. 648 del Cc. de 1942, vid. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español* V-1 (Madrid, 1954), p. 441, quien sostiene que, aparte del supuesto del art. 797, párrafo 2.^º, Cc., solamente da lugar a la revocación de la liberalidad *sub modo* el incumplimiento de la carga por el heredero o legatario gravado cuando el testador hubiera previsto la revocación o el modo fuera el único motivo determinante de la disposición. TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 250 ss.,

el párrafo 4.^º del artículo 111 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña (48). Sin embargo, como esta solución restaría eficacia a las disposiciones modales en que no concurrieran tales circunstancias, hasta el punto de desvirtuarlas, habrá que admitir —incluso teniendo en cuenta la voluntad presunta del testador, que hubiera podido ciertamente cargar al sucesor con la obligación modal, pero sustrayendo la eficacia de la institución a su efectivo cumplimiento (48 bis)— que, además de las dos circunstancias antes señaladas, también abre la vía de la revocación el incumplimiento culpable de la carga modal (49). La culpabilidad, con todo, habrá de apreciarse restrictivamente y, en particular —si se quiere ser consecuente con la tesis general sostenida—, sólo debe incluir la culpa cualificada y el dolo, a los que, por lo demás, parece referirse exclusivamente, para disciplinar un supuesto de incumplimiento, el párrafo 2.^º del artículo 798 del Código civil, que habla de “culpa o hecho propio del heredero o legatario”.

Están legitimados para pedir la revocación de la liberalidad los interesados en ella, es decir, los que recibirían los bienes como consecuencia de la ineficacia de la institución testamentaria modal y también, según algunos (50), los interesados en el cumplimiento de la obligación modal que con la resolución y la nueva atribución de los bienes sobre los que recayó la institución pueden encontrar satisfacción a su interés. Si se da el caso de que una persona esté, a la vez, interesa da y legitimada para solicitar el cumplimiento del modo y pedir la resolución de la liberalidad, parece que podrá optar entre las posibilidades que le consiente el artículo 1.124 del Código civil, cuya disciplina, teniendo en cuenta la función y la esencia del *modus*, considero aplicable al caso por razón de analogía (51).

entiende que solamente da lugar a la resolución de la disposición el incumplimiento del modo determinante (además del supuesto de la existencia de la fianza en los términos que señala el art. 797, párrafo 2.^º Cc.), con lo que su postura coincide en esencia con la de Puig Peña.

(48) Según este precepto, “el incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a la resolución de aquélla, sin perjuicio de que, en dicho supuesto, pueda el testador gravarlo de sustitución fideicomisaria o establecer otras prevenciones”.

(48 bis) En tal caso, sólo sería posible, frente al obligado al cumplimiento del modo, solicitar su cumplimiento, incluso forzoso, o pedir una indemnización sustitutiva.

(49) Cfr. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 342, que alega el art. 797 Cc. El Código para nada se refiere al cumplimiento del modo como único motivo determinante de la voluntad del testador y, por lo tanto, si el causante no dispuso de otra manera en el testamento, “el incumplimiento culpable de la carga abre vía en todo caso a la revocación de la liberalidad”. En contra TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 250 ss.: vid n. 47.

(50) Cfr. GIORGIANNI, M., *Il “modus”* cit., p. 918; TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 246.

(51) Aunque algunos no consideran aplicable este precepto al caso de la obligación modal: cfr. ALBALADEJO, M., *Condición, término y modo* cit., p. 95, en la medida de la liberalidad que supone el *modus* me parece encontrar razón

La persona a quien revierte la liberalidad por efecto de la revocación judicialmente pronunciada queda obligada al cumplimiento de la carga modal (52).

III. LA IMPOSIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO DEL MODO TESTAMENTARIO

A) IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA DEL MODO

7. *Intrascendencia del modo absolutamente imposible.*

En principio, cuando el testador sujeta al instituido heredero o al legatario al cumplimiento de un *modus* que es imposible en el momento de hacer la disposición testamentaria, el gravamen debe tenerse, sin duda alguna, como inoperante (*vitiatur sed non vitiat*), de manera que desde el principio es pura la liberalidad.

Para adoptar esta solución, faltando en nuestro Código civil un precepto concreto que regule esta materia, se suele inclinar la doctrina a considerar aplicable al caso, por razón de analogía, el artículo 792, según el cual “las condiciones imposible y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aún cuando el testador disponga otra cosa” (53). El resultado de esta aplicación analógica es, en cuanto se refiere a la primera proposición del precepto, correcto, pero, a lo que creo, para llegar a ese resultado no es aplicable al modo testamentario el artículo 792 —a menos que se quiera entender el pre-

suficiente para sostener la aplicabilidad al caso presente del principio contenido en el art. 1.124, párrafo 2.^º, Cc. Para el supuesto de que no coincidan los legitimados para pedir el cumplimiento y los legitimados para pedir la revocación, Bouyssou, Marguerite, *Les libéralités avec charges en droit civil françaïse* (París, 1945), p. 296 cit. por TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 244, se decide por la preferencia de los que piden el cumplimiento del modo, entendiendo que su derecho es más fuerte en cuanto que refleja exactamente la voluntad del disponente.

(52) Arg. art. 780 y 798 Cc.; Cfr. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 343.

(53) Cfr., por todos, LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 342. En el proyecto de Cc. de 1851, redactado por García Goyena, el art. 716 disponía que “lo dispuesto en el art. 709 sobre las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o buenas costumbres rige igualmente en los casos del art. 714” (que se refiere a los distintos tipos de *modus*). Una norma en tal sentido (que ya no se recogió en el Anteproyecto de Cc. de 1882-1888) no pareció, sin embargo, necesaria a los redactores del Cc. vigente. Considerar al modo ilícito o imposible como no puesto era la solución del Derecho romano clásico. En el Derecho justiniano se distinguió, en cambio, entre el *modus simplex* (de mero valor moral), que se tiene por no puesto, y el *modus qualificatus* (trascendente en el caso de que se demuestre que sin él, el disponente no hubiera llevado a cabo la liberalidad), que por ilicitud o imposibilidad del mismo produce la caducidad del acto de liberalidad: cfr. ALVAREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico* cit., p. 38, quien se refiere a un texto de Juliano, *Digesta*, 39, 5, 2, 7, pr., muy interpolado.

cepto con un espíritu que no consiente su letra—, simplemente porque no es lícito aplicar al modo los preceptos sobre la condición si no se demuestra previamente que en uno y en otro caso hay una *eadem ratio* que consienta el recurso al procedimiento analógico (54). La existencia de la razón analógica es, por el contrario, más que dudosa, si se parte, como hago en este trabajo, de la distinta función y naturaleza del modo y de los demás llamados elementos accidentales del negocio jurídico. Por otra parte, decidir simplemente que el modo imposible se ha de tener por no puesto aclara muy poco la relación existente entre la disposición testamentaria principal y la carga modal y, por supuesto, no da a entender la influencia que, en virtud de aquella conexión, puede tener la inoperancia de la carga sobre la subsistencia de la liberalidad (55).

También para explicar la intranscendencia del modo originariamente imposible respecto de la eficacia de la disposición principal hay que acudir al concepto de modo ya expuesto. Si la voluntad modal es distinta de la voluntad negocial principal, ambas deben tener, en principio, una vida y una eficacia separadas. De aquí que, precisamente porque en el caso de la disposición *sub modo* —tanto *inter vivos* como *mortis causa*— hay una voluntad liberal a la que se une una voluntad accesoria que quiere añadir a la liberalidad otros efectos (la obligación o gravamen que la limita), aparte de los que le son propios, la imposibilidad del modo no puede perjudicar a la liberalidad. Ahora bien, considerar al modo como inoperante corresponde, no al carácter accesorio del gravamen (56), puesto que en tal caso también la condición imposible habría de ser tenida siempre *pro non scripta*, cosa que sabemos que no ocurre (57), sino a ser el *modus*, a diferencia de la condición, una determinación accesoria, pero separada, de la determinación negocial principal.

Según lo expresado, se puede concluir que la nulidad de la disposición modal gravando al heredero o al legatario de una obligación de cumplimiento imposible *ab origine* no influye sobre la eficacia de la voluntad negocial principal y ello no porque el modo se tenga por no puesto, sino porque se trata de una disposición que no puede llevarse a cabo y que por eso es ineficaz (57^{bis}).

Cuando la imposibilidad originaria del modo sea solamente parcial, el gravado cumplirá suficientemente con la prestación de lo que sea posible, considerándose como no impuestas al instituido en la dis-

(54) Sobre la improcedencia de la aplicación al modo ilícito o imposible de la misma disciplina que rige en materia de condiciones ilícitas o imposibles, vid. TORRALBA, O. V., *El modo* cit., p. 150 ss., que tiene en cuenta razones semejantes a las aludidas en el texto.

(55) Vid. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni* cit., p. 571.

(56) En este sentido CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral* I-2 (8.^a ed.) (Madrid, Reus, 1952), p. 571.

(57) Cfr. arts. 1.116, párrafo 1.^o, 621 y 622 Cc.

(57 bis) Vid. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni* cit., p. 571.

posición testamentaria las prestaciones que sean, *ab origine*, de imposible cumplimiento. La parte de la carga modal de posible cumplimiento se convierte en verdadera obligación en el momento de recibir el insituido la liberalidad y está sujeta al régimen que ya se ha expuesto.

8. *La aposición del modo imposible como único motivo determinante del testador.*

¿Quid en el caso de que el causante haya dispuesto en el testamento que la liberalidad no tendrá lugar sin el gravamen, es decir, cuando del testamento resulte que el testador no habría hecho la institución sino para dar lugar a la imposición de la carga modal?

Nos encontramos aquí en el supuesto de que el gravamen resulte, a tenor de la disposición testamentaria, el único motivo que ha determinado al *de cuius* a disponer de sus bienes en favor de aquel a quien impone la obligación o *modus*.

La exclusión de una aplicación analógica del artículo 792 del Código civil al modo imposible y la decisión de adoptar para el mismo una disciplina congruente con su naturaleza y su función consienten de nuevo, a mi modo de ver, dar la adecuada solución a la cuestión que nos ocupa. En efecto, una aplicación apresurada del artículo 792 a nuestro caso determinaría que también cuando el causante ha ordenado en su testamento que la atribución liberal no debe tener lugar sin la carga habría de considerarse irrelevante el modo imposible *ab origine*. Pero ocurre, sin embargo, que esta solución, sobre ser poco congruente con la importancia que ha de concederse y que tiene la voluntad del *de cuius* en la sucesión voluntaria —cuyas normas reguladoras en nuestro Código civil son, en principio, todas ellas de carácter dispositivo, salvo cuando resulte claramente que son imperativas (58)—, no tiene en cuenta la transcendencia que el motivo determinante del agente puede llegar a tener en la estructura y en la eficacia negocial (59).

En el caso propuesto nos encontramos ante el supuesto de una determinación testamentaria modal que, aunque accesoria y —abstractamente considerada— separada (al pretender efectos distintos de los efectos negociales típicos) de la determinación negocial principal, es el único motivo que decidió al testador a hacer la institución. La determinación modal resulta, así, en este caso, motivo y razón de la determinación negocial que aparece como principal y típica, y a ella hay que aplicar la disciplina propia del motivo determinante del negocio jurídico testamentario, que debe deducirse de lo preceptuado

(58) Cfr. arts. 668 y 675 Cc. Vid. LACRUZ, J. L., *Derecho de sucesiones* cit., p. 8 ss.

(59) OSSORIO, J., *Manual de sucesión testada* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957), p. 231 s., entiende que cuando el testador ha dispuesto la ineficacia de la disposición testamentaria por incumplimiento del modo, “lo que ha hecho en puridad es someter el llamamiento a una condición resolutoria”.

en el artículo 767 del Código civil, a través del cual, aunque erróneamente hable de *causa falsa*, el motivo que el testador tiene para hacer la disposición adquiere relevancia jurídica.

Teniendo en cuenta la disciplina normativa contenida en el citado precepto del Código y la transcendencia que se da en el mismo al conocimiento o al error del testador, habrá que concluir, seguramente, que si del testamento se deduce que el causante sabía, en el momento de concluir el negocio *mortis causa*, que el gravamen que imponía al favorecido por la disposición testamentaria era absolutamente imposible, el *modus* debe tenerse por no puesto —y esto aunque manifieste el *de cuius* que sólo la imposición del gravamen le determina a hacer la liberalidad—; pero que si, por el contrario, resulta que el causante creyó que el gravamen u obligación modal podía ser cumplido por el heredero o el legatario gravado, la imposibilidad del *modus* debe considerarse como suficiente para que no subsista la liberalidad, siempre que conste claramente que el interés del causante en que la carga se cumpliese había sido el único motivo determinante de su disposición liberal. A este segundo supuesto me refería cuançó indicaba que la determinación accesoria modal afectaba a la determinación principal cuando infacionaba la estructura del negocio gratuito.

9. Cuestiones acerca de la imposibilidad relativa del modo.

Con relación al modo imposible *ab origine* cabe preguntarse si la dificultad extraordinaria del cumplimiento del *modus* puede considerarse como imposibilidad liberatoria y si el instituido en la herencia o en el legado *sub modo* debe cumplir de otra manera la carga que se le impuso.

a) *La dificultad extraordinaria del cumplimiento.*—La cuestión más interesante es la de si siendo el modo posible *ab origine*, pero de cumplimiento extraordinariamente difícil para el obligado, puede considerarse el gravamen como imposible y, por tal, como irrelevante. liberándose de su cumplimiento el gravado con la carga y considerándose pura la liberalidad. Como la dificultad extraordinaria se reduce prácticamente en todos los casos a la excesiva onerosidad de la prestación (60), no parece que en tales supuestos deba dispensarse al gravado del cumplimiento del *modus*, a no ser que de la disposición testamentaria resulte claramente que la intención del causante de la sucesión era imponer al heredero o al legatario una carga de una entidad económica mucho menor de la que en realidad impuso. En todo caso, y como ya he advertido antes, el cumplimiento de la obligación

(60) Sobre el tema, en general, vid. PINO, A., *La excesiva onerosidad de la prestación* (trad. esp.) (Barcelona, Bosch, 1959). Aunque con referencia a la obligación contractual es interesante sobre el tema el libro de DE MARTINI, A., *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti* (Milano, Giuffrè, 1950).

modal sólo puede exigirse en la medida del valor de la liberalidad recibida.

De todas maneras, rigiéndose la obligación en que el modo consiste por las normas generales de las obligaciones en cuanto a su cumplimiento, salvo en lo prevenido por el artículo 798 del Código civil, habrá que estar a lo que nuestro primer cuerpo legal disponga sobre ello. Como se sabe, no faltan en nuestro Código aplicaciones concretas del principio de la proporcionalidad de las prestaciones y de la adecuación de las mismas cuando por razones ajena a la voluntad del obligado el cumplimiento de la obligación resulte excesivamente oneroso por las dificultades sobrevenidas (61). También nuestro Tribunal Supremo ha tenido en cuenta, en alguna decisión (62), la tendencia, que en otros países ha merecido ya la formulación legal de norma de aplicación general (63), de considerar la dificultad extraordinaria como imposibilidad liberatoria, para moderar así el rigor de la exigencia del cumplimiento exacto de la obligación posible. Sin embargo, los preceptos del Código civil recordados, que se refieren a la dificultad sobrevenida de la prestación y no a la dificultad originaria de la misma, están orientados, en todo caso, a reducir a equidad situaciones creadas por obligaciones concretas y, sobre todo, chocan abiertamente con los principios que se contienen en los artículos 1.182 y 1.104 del Código civil, los cuales sólo admiten la liberación del deudor en el caso de la imposibilidad absoluta, doctrina que han mantenido diversas decisiones jurisprudenciales (64).

No cabe, pues, en principio, la equiparación de la dificultad extraordinaria *ab origine* a la imposibilidad, si bien los tribunales podrán moderar la obligación modal para hacerla más proporcionada, en su cumplimiento, a la voluntad claramente manifestada del testador. En la apreciación de las circunstancias de hecho el arbitrio judicial puede ser el camino de reducción a la equidad de situaciones de dificultad u onerosidad verdadera cuando, contra lo previsto y sin duda alguna querido por el testador, la obligación en que el modo impuesto consiste resulta ser más gravosa de lo que se pensó en la institución.

b) *La posibilidad de cumplimiento análogo.*—La segunda cuestión de si el instituido en la herencia o en el legado debe cumplir de otra manera la carga modal que se le impuso, cuando es de imposible cumplimiento, ofrece menos interés y debe contestarse, sin duda alguna, negativamente.

Cuando el testador impone al instituido en la herencia o en el legado un *modus* imposible *ab origine*, el gravado no debe cumplir de otra manera análoga y conforme a la voluntad del testador la carga

(61) Cfr. arts. 152 y 1.736 Cc.

(62) Cfr. S. de 15 de enero de 1942.

(63) Cfr. arts. 1.467 y 1.468 del Código civil italiano de 1942.

(64) Cfr. Ss. de 4 de junio de 1904 y de 23 de marzo de 1926.

que se le impuso, a no ser que el propio causante hubiera hecho en el testamento una previsión concreta y expresa en el sentido contrario. El artículo 798 del Código civil, que disciplina el cumplimiento análogo del modo testamentario, se refiere solamente al caso de la imposibilidad sobrevenida del modo, como se deduce claramente del hecho de tener como presupuesto de su aplicación el que la imposibilidad del cumplimiento del modo en los términos en que se dispuso no dependa de culpa o hecho propio del heredero o legatario, y no al caso de imposibilidad originaria de su realización (65), y dada la disciplina que contiene, no es un precepto susceptible de interpretación extensiva. Es, además, claro que nadie puede obligar a una cosa imposible o ilícita ni aun por testamento, de manera que en ningún caso se puede obligar al gravado con el *onus* imposible a que realice la obligación en que consiste la carga cumpliéndola, una vez recibida la liberalidad, de manera análoga y conforme a la voluntad del testador, aun cuando esto pueda tener lugar, pues el *modus* imposible *ab origine* es irrelevante y no genera obligación alguna.

10. Posibilidad sobrevenida del modo imposible.

Cabe preguntarse si el modo imposible *ab origine* apuesto a una liberalidad testamentaria conserva su inutilidad en el caso de que con posterioridad a la fecha del testamento, pero con anterioridad a la de la apertura de la sucesión, se hace de posible cumplimiento.

En principio, parece que la determinación modal de que se trata habría de seguir siendo ineficaz y, en consecuencia, seguir siendo irrelevante, naciendo en todo caso pura la liberalidad. Esta permanente inutilidad del modo parece estar aconsejada por el principio de que *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (66).

(65) De distinta opinión es GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* II (Madrid, 1852), p. 148, que al comentar el art. 715 de su proyecto, que coincide esencialmente con el párrafo 1º del vigente art. 798, trae a colación un texto de Modestino (*Digesta*, 33, 2, 16) según ci cual, habiéndose dejado a una persona unas rentas para que, en memoria dei disponente, celebrase un espectáculo todos los años en cierta ciudad, y resultando que en aquella población los espectáculos estaban prohibidos, al objeto de evitar la situación injusta de que la no celebración favoreciera al heredero *adhibitis heredibus et primoribus civitatis, discipendum est in quam rem converti debeat jideicommissum ut memoria testatoris alio et licito genere celebretur*. Dice García Goyena que tal solución es tan conforme a la equidad como a la voluntad presunta del testador. No es de admitir, sin embargo, como se dice en el texto, que el *modus* imposible *ab initio* se haya de cumplir de otra manera, aunque ello sea posible. Obsérvese que el texto del proyecto de 1851 habla también del modo que no puede cumplirse por causa que no depende de la voluntad del gravado, al igual que se expresa el Cc. vigente; ello hay que entenderlo —*voluntas legis*— en el sentido de ser la inimputabilidad de la imposibilidad al gravado presupuesto de la aplicación del precepto, circunstancia que sólo puede referirse a un momento posterior al de la conclusión del negocio testamentario.

(66) Cfr. *Digesta*, 50, 17, 29.

Sin embargo, no es probable que esta solución —que estaría más de acuerdo con la naturaleza aquí sostenida de la determinación modal de cuya eficacia se trata— sea congruente con la esencia del testamento de ser formulado para producir efectos para después de la muerte; con los principios del *favor testamenti* o de la conservación del negocio testamentario, o con el criterio fundamental de la interpretación testamentaria que es la investigación de la voluntad del testador.

En concreto, atendiendo a los criterios de razonamiento señalados, acaso habrá que concluir que cuando el testador ordenó un *modus* imposible creyendo que era posible —que será *id quod plerunque accidit* si hizo la disposición con la carga, sobre todo si se tiene en cuenta que se debe presumir siempre tal creencia, como no conste expresamente lo contrario, al no requerirse en el error testamentario la recognoscibilidad (67)— se deberá estar a la voluntad expresada en el testamento, por lo que la disposición modal deberá considerarse eficaz. En el caso contrario, si del testamento se puede deducir sin lugar a dudas que el testador impuso un modo imposible sabiendo que lo era y queriendo someter la liberalidad modal al régimen del modo imposible ya conocido, habrá que pensar en la inmutada inutilidad de la determinación accesoria (68).

B) IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DEL MODO

11. *Régimen de la imposibilidad imputable a los interesados en el modo.*

La imposibilidad sobrevenida del modo tiene lugar cuando, con posterioridad a la conclusión del negocio jurídico testamentario (69),

(67) Arg. arts. 675, 767 y 773 Cc. Cfr. SANTORO-PASSARELLI, F., *Doctrinas* cit., p. 192 s. y 284, que aduce, para negar el requisito de la recognoscibilidad en el error testamentario, que el instituido no está autorizado a basar su confianza en la disposición *mortis causa* que a él se refiere (como podría hacerlo, en cambio, el destinatario de una declaración *inter vivos*), por cuya razón no puede ser transcendente, respecto del testamento, la recognoscibilidad del error en orden a la confianza que el instituido pudiera poner racionalmente en el testamento.

(68) La solución propuesta para este segundo caso, puramente escolástico, se haría más firme cuando el testador —sobrevenida la posibilidad del *modus* y defraudado así en sus intereses o intenciones— no pudo revocar el testamento y hacer una nueva previsión al respecto.

(69) No hay que atender al momento de la apertura de la sucesión. Esto es, en efecto, no sólo lo más racional, sino también lo más equitativo: de una parte, porque el testador pudo conocer, hasta el momento de su muerte, que el *modus* que había impuesto se había hecho luego de imposible realización y pudo proveer a este problema; de otra, porque cuando la imposibilidad se deba a la conducta del obligado no hay razón para que no se tenga en cuenta lo que hizo hasta el momento de la apertura de la sucesión. De no seguir el criterio señalado y atender al momento de la apertura de la sucesión para distinguir entre la imposibilidad *ab origine* y la imposibilidad sobrevenida, la aplicación del art. 798, párrafo 1.^o, Cc. podría plantear serios problemas de

el gravamen impuesto por el testador al heredero o al legatario llega a ser irrealizable.

La imposibilidad sobrevenida puede tener su causa en el azar, en la actuación de un tercero, en la conducta del obligado a cumplir el modo o en la de la persona que tenga interés en que el modo se cumpla o en que no se cumpla (los beneficiarios de la carga o los posibles favorecidos por la ineficacia de la disposición liberal). En este último caso, y valorando ciertas circunstancias típicas, dispone el Código civil, en el párrafo 2.^º del artículo 798, que “se considerará cumplida la condición”, es decir, el modo (70), con lo que la liberalidad testamentaria se hace pura y el obligado a la realización de la prestación modal se libera absolutamente de ella (71).

En los demás casos el régimen del modo testamentario imposible es más complejo y, en general, depende de ser la imposibilidad sobrevenida absoluta o relativa.

12. Tratamiento de la imposibilidad absoluta en los demás supuestos.

La imposibilidad sobrevenida del modo es absoluta cuando, con posterioridad a la disposición testamentaria, la obligación accesoria a la liberalidad se hace de imposible cumplimiento, física o jurídicamente, de manera que ni siquiera puede ser realizada, como dice el párrafo 1.^º del artículo 798 del Código, en otros términos, “los más análogos y conformes a su voluntad (del testador)”. Piénsese, por ejemplo, en el caso de instituir una persona a otra heredera con el gravamen de que publique un manuscrito de que es autor el *de cuius* y que luego se destruye o desaparece (imposibilidad física) o en un legado de ciertos bienes imponiendo al legatario la reacción o la mejora de alguno de ellos, cuando, por aplicación de las disposiciones sobre expropiación forzosa por causa de utilidad pública o de interés social, ese bien sale del patrimonio del obligado a cumplir el modo (imposibilidad jurídica).

Ahora bien, este supuesto de imposibilidad sobrevenida del modo, transcendente en el momento de la exigibilidad de la obligación en que

difícil solución equitativa. La doctrina italiana ha tenido ocasión de ocuparse, comentando decisiones jurisprudenciales sobre la materia, de la imposibilidad sobrevenida del modo testamentario (ALLARA, COMBA, GOZZI, etc.): vid., por ejemplo, el amplio comentario de CONTURSI LISI, L., *Sopravvenuta impossibilità o illecità di onore testamentario*, en *Rivista di Diritto Civile* 1955, p. 767-777, a la S. de la Casación italiana de 15 de octubre de 1954.

(70) Ya sabemos que el Cc. confunde a veces modo y condición. Vid. n. 14.

(71) Y ello aunque el *modus* fuera parcialmente posible, en razón de que en esta norma se intenta sancionar una conducta determinada con una medida precisamente contradictoria con el interés que mueve a quien así obra; aparte de que se debe interpretar esta disposición según el criterio del *favor debitoris*. Con mayor razón se libera de la obligación el deudor, aunque aquélla fuera de cumplimiento relativamente imposible.

el mismo consiste, puede ser total o parcial y, en ambos casos, fortuita, imputable al gravado o imputable a una tercera persona.

a) *Imposibilidad total*.—Cuando la imposibilidad es total y fortuita o imputable a un tercero la liberalidad se purifica y el modo se hace inútil y completamente irrelevante, siendo de aplicar al caso —salvo en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios que podrán pedir al tercero responsable de la imposibilidad del cumplimiento los interesados (72)— lo dicho a propósito del modo imposible *ab origine*.

Si la imposibilidad total es imputable al obligado al cumplimiento de la obligación modal, hay que considerar el supuesto como un caso de incumplimiento culpable que da lugar a la ineficacia de la atribución liberal, mediante la revocación de la disposición testamentaria, con la consiguiente “devolución de lo percibido con sus frutos e intereses” (73). Se plantean aquí los problemas de qué debe entenderse por imposibilidad imputable y de quiénes están legitimados para pedir la revocación de la liberalidad: en cuanto al primero, parece que la imputabilidad se dará siempre que la imposibilidad sobrevenida del *modus* se deba a una conducta o a una omisión dolosa o culposa del gravado (74); en cuanto al segundo, legitimados para pedir la revocación están, como dice Lacruz (75), “quienes ocupan el puesto del causante y quienes deben vigilar el cumplimiento de su voluntad; los herederos, pues, y los albaceas: además, quienes, eventualmente, por la decadencia del beneficio, pueden llegar a ser herederos o legatarios, o aumentar su emolumento (herederos, sustitutos, colegatarios con derecho de acrecer): no los terceros favorecidos (por el *modus*), que ni pueden alegar interés en la revocación, ni apoyar su derecho en texto alguno”. Si la liberalidad se hace ineficaz para el que con su conducta hizo totalmente imposible el cumplimiento del *modus* que se le impuso, la persona que recibe los bienes queda, naturalmente, liberada de cumplir la carga.

(72) Interesados en que el *modus* se cumpla son aquellos a quienes el cumplimiento favorece y obtienen de ello un beneficio de carácter económico o la satisfacción de un interés moral: sobre ellos se habla a propósito del cumplimiento del modo relativamente imposible. BIONDI, B., en un comentario a una S. del Tribunal de Turín de 6 de mayo de 1952 sobre modo testamentario imposible, en *Foro Padano*, 1954, I, p. 76, dice que, aunque en este caso se tiene el *modus* por no puesto, “no se trata de la regla según la cual las condiciones imposibles o ilícitas se tienen por no puestas, ya que el fundamento es diverso, aunque sea el mismo el resultado: la supervivencia de la disposición”. La inutilidad de las condiciones se basa en el *favor testamenti* y la inutilidad del modo en ser una determinación accesoria, pero separada, en cuanto que tiene por meta unos efectos específicos, de la determinación negocial principal.

(73) Arg. art. 797, párrafo 2.º, Cc. Vid. art. 647 Cc. para las liberalidades *inter vivos*.

(74) El art. 798, párrafo 1.º, Cc. habla de “culpa o hecho propio del heredero o legatario” a propósito de la imposibilidad sobrevenida relativa, pero tal modo de expresión es manifiestamente insuficiente.

(75) Cir. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 343.

b) *Imposibilidad parcial.*—Cuando la imposibilidad absoluta sobrevenida del *modus* testamentario es sólo parcial y en alguna parte se puede realizar la carga, cumplirá suficientemente el obligado con llevar a cabo aquello que le sea posible, bien en los mismos términos dispuestos por el testador, bien en otros términos, análogos y conformes con su voluntad, según se dice en el apartado siguiente. Respecto de la parte del gravamen de cumplimiento absolutamente imposible vale lo dicho anteriormente con relación a la imposibilidad total.

13. *Régimen de la imposibilidad relativa del cumplimiento del modo.*

La imposibilidad sobrevenida del *modus* es relativa cuando, con posterioridad a la conclusión del negocio jurídico testamentario, la obligación accesoria a la liberalidad se hace de imposible cumplimiento, física o jurídicamente, “en los mismos términos que haya ordenado el testador”, pero puede ser llevada a cabo en otros, “los más análogos y conformes a su voluntad” (76).

Esta especie de imposibilidad del *modus* puede estar causada también por el azar, por la conducta de un tercero o por la conducta del obligado por el testador a cumplir el gravamen. Nuestro Código civil, sin embargo, con fórmula, por lo demás, insuficiente, sólo se refiere a la imposibilidad del *modus* “sin culpa o hecho propio del heredero o legatario” cuando ordena, en su artículo 798, párrafo 1.º, la realización del *modus* relativamente imposible en otros términos, “los más análogos y conformes” a la voluntad del testador. Probablemente el legislador quiso distinguir aquí entre imposibilidad sobrevenida culposa e imposibilidad no culposa, pensando, sobre todo, en el perjuicio que se podría ocasionar al heredero o legatario si los legitimados para ello peñían y obtenían la revocación de la institución o del legado y en el propósito de favorecer, mediante la posibilidad del cumplimiento análogo del *modus* que se ha hecho imposible, al heredero o legatario que no podía cumplir la carga en los mismos términos en que ordenó el testador (con lo que su posición de heredero o legatario se podría perjudicar), pero por causa que a él no era imputable. La *ratio legis* del precepto es, a mi modo de ver, la de proveer al heredero o legatario de una posibilidad de oponerse a la revocación de la liberalidad solicitada por los legitimados para ello, cuando el cumplimiento del *modus* se ha hecho imposible en los términos en que lo previno el testador, pero sin su culpa, y siempre que sea posible cumplirlo de manera análoga. Ahora bien, aunque la imposibilidad relativa culposa del cumplimiento del *modus* puede dar lugar a la revocación de la liberalidad, el contenido del precepto, que además reviste la forma de mandato, es también aplicable, por razón de equidad,

(76) Cfr. art. 798, párrafo 1.º, C.c.

a los casos de imposibilidad sobrevenida culposamente (77), si bien en este supuesto serán normalmente los interesados en que el modo se cumpla —que pueden ser, a veces, los mismos legitimados para pedir la revocación de la liberalidad— los que pidan que se obligue al heredero o legatario gravado a realizarlo de manera análoga a como ordenó el testador. En caso de conflicto entre quienes solicitan el cumplimiento análogo del modo y los que piden la revocación de la liberalidad, probablemente debe darse preferencia a los interesados en el cumplimiento como beneficiarios del modo, tanto porque su derecho refleja exactamente la voluntad del testador (78), como porque lo contrario sería injusto para el favorecido por el testador con la carga. Esta solución es también más coherente con la naturaleza del *modus* sostenida en este trabajo.

La imposibilidad relativa del cumplimiento del modo plantea la cuestión del cumplimiento análogo del mismo, la de quienes pueden solicitarlo, y la de la disciplina del incumplimiento del *modus* análogo, que se estudian a continuación.

14. *Cumplimiento análogo del modo relativamente imposible.*

El cumplimiento del *modus* de forma análoga a como ordenó el testador supone, ante todo, que el gravamen o carga no se pueda realizar por el obligado al cumplimiento en los mismos términos previstos en el testamento, ya sea por causas físicas (79), ya sea por causas jurídicas (80). Es también presupuesto del cumplimiento del modo en forma análoga —que tiene por objeto satisfacer los intereses del testador al hacer la disposición modal (81)— el que el testador no haya prohibido expresamente convertir el *modus* en *ullum alium usum*.

Cabría, quizá, suscitar aquí la cuestión de si la dificultad extraordinaria en el cumplimiento del *modus*, tal como lo impuso el testador, podría dar lugar a la conversión del *modus* excesivamente oneroso en una carga que, consistiendo en una obligación análoga a la que impuso el *de cuius* al heredero o al legatario, no reduzca la liberalidad más de lo que quiso y previno el causante, especialmente cuando la voluntad de éste conste claramente en cuanto a la entidad económica —onerosa— de la carga. Aunque una solución en tal sentido carece de base

(77) Cfr. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit., p. 340; lo contrario, dice acertadamente, podría ser injusto para el favorecido mediante la carga.

(78) Vid. n. 51.

(79) Como cuando se destruye el templo a cuyo embellecimiento han de destinarse o se han comenzado ya a destinar ciertas rentas o productos de los bienes legados; o como cuando muere el animal que debía ser atendido por el heredero o por el legatario; etc.

(80) Como cuando la prestación en que consiste el *modus* se hace contraria a una ley promulgada con posterioridad al testamento, de manera que se hace imposible la prestación de la conducta en que consiste la obligación modal.

(81) *Quia rata voluntas legatoris esset*: cfr. Tib., 31.

positiva, parece que debería admitirse, por razones de equidad, tal conversión del *modus*, cuando se pruebe que la voluntad del causante —que en toda esta materia es fundamental— no quiso imponer al instituido o al legatario una carga cuya evaluación va notoriamente más allá de la intención del difunto. La cuestión se reduciría, en tal caso, a un problema de interpretación de la cláusula testamentaria en que consta el *modus*.

El artículo 798, párrafo 1.^o, del Código civil se limita a decir, a propósito de la conversión del *modus* imposible relativo, que éste deberá cumplirse, puesto que no puede serlo en los mismos términos que ordenó el testador, “en otros, los más análogos y conformes a su voluntad”. No era posible, ni tampoco necesario ni oportuno, que el legislador fuera más explícito en esta materia. Como dice Mucius Scaevola, “sobre la analogía del cumplimiento de las cargas es claro que no pueden formularse reglas. Todo depende de la naturaleza del caso y de la cantidad y la calidad de los obstáculos que se opongan al cumplimiento exacto de la disposición testamentaria” (82). La apreciación de la analogía entre el *modus* primitivo y la nueva obligación propuesta es una valoración de hecho que corresponde a los tribunales ordinarios.

15. *Personas legitimadas para solicitar el cumplimiento análogo del modo.*

Pueden solicitar que el *modus* sea cumplido en términos distintos a los previstos por el testador el propio gravado por la carga, cuando la imposibilidad sobrevenida de la obligación no le sea imputable; y las personas que deben vigilar el cumplimiento de la voluntad del testador o han ocupado la posición del *de cuius*, y los beneficiarios de la carga o interesados directamente en su cumplimiento, en todo caso.

La propuesta del propio gravado para que se admita el cumplimiento del *modus* por analogía sólo debe acogerse, en efecto, cuando la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento del *modus* originario no le sea imputable, pues, cuando lo sea, no hay duda que podrá prevalecer sobre ella la propuesta de las otras personas señaladas sobre el cumplimiento análogo de la carga y la acción revocatoria de la disposición testamentaria a la que como determinación accesoria se impuso un *modus* que el obligado a cumplir ha hecho imposible por causa a él imputable. Tal parece ser la interpretación más justa, aunque se aparte de su estricto tenor literal, del párrafo 1.^o del artículo 798 del Código civil.

La propuesta —y exigencia— de las personas que deben vigilar

(82) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado* cit., p. 852. Vid. también MANRESA, *Comentarios al Código civil español* VI (6.^a ed. por Ogayar) (Madrid, Reus, 1951), p. 252. Tampoco son muy expresivas sobre esta cuestión las Ss. de 2 de enero de 1928 y de 9 de febrero de 1948.

el cumplimiento de la voluntad del difunto o han ocupado su posición, puede concurrir con la acción revocatoria de la liberalidad testamentaria cuando la imposibilidad sobrevenida relativa del *modus* se deba a causa imputable al obligado a cumplir la carga, si bien tales legitimados deberán optar por solicitar el cumplimiento análogo o pedir la revocación de la liberalidad. En este segundo supuesto no puede oponer el gravado la posibilidad del cumplimiento análogo del *modus*, pues así se desprende de lo dispuesto en el artículo 798 del Código civil. En los demás casos, cuando la imposibilidad sobrevenida obedezca a causa distinta de la voluntad del beneficiario de la liberalidad y gravado por la carga, es claro que las personas indicadas también pueden pedir el cumplimiento análogo del *modus*.

La posibilidad de que soliciten el cumplimiento análogo del modo las personas de que se viene hablando (herederos, albaceas, ejecutores testamentarios), en todo caso, choca, como se ha advertido, con el texto del artículo 798 del Código. Pero parece que la interpretación que a este precepto he dado, aparte de ser la más lógica, evita también situaciones que pueden ser muy injustas. No lo ha entendido así, empero, nuestro Tribunal Supremo que, en las pocas ocasiones que ha tenido de decidirse sobre *modus* testamentario imposible, se ha atenido literalmente, para admitir el cumplimiento análogo de la carga, a la exigencia del artículo 798 de ser la imposibilidad sobrevenida del *modus* "sin culpa o hecho propio del heredero o legatario" (83). Esta postura jurisprudencial no es convincente ni parece adherente a la realidad de las cosas, que más bien postula, y con mayor razón, que la norma del cumplimiento análogo se extienda a los casos en que el cumplimiento de la carga se haya hecho imposible por acción u omisión dolosa o culposa del gravado (84).

He dicho que pueden también solicitar el cumplimiento análogo del *modus*, cuando éste no puede tener lugar tal como ordenó el testador, los beneficiarios de la carga o los interesados directamente en su cumplimiento. La determinación de quiénes serán tales personas reviste tradicional dificultad: en efecto, como se sabe, el contenido del *modus*, aun partiendo de la base de que éste sólo puede consistir en una limitación económica de la liberalidad, puede ser muy variado y consistir en una obligación impuesta al heredero o al legatario para favorecer a personas indeterminadas (85), para favorecer al mismo-

(83) Cfr. Ss. de 2 de enero de 1928 y de 9 de febrero de 1948.

(84) Cfr. LACRUZ, J. L., *Notas* al libro de Binder cit, p. 340. Han negado que puedan solicitar el cumplimiento análogo los herederos y albaceas algunos autores: cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado* cit, p. 850; GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 907, para el cumplimiento en general; pero parece claro que a ellos debe competirles en cuanto que tienen por misión hacer respetar la voluntad del difunto: cfr. arts. 902, regla 3^a, y 911 Cc. Vid., en cuanto a los albaceas testamentarios, TORRALBA, O. V., *El modo* cit, p. 222 ss.

(85) Como en el caso de los clásicos ejemplos de la carga de dar a los pobres de determinada barriada o población en ciertas festividades cantidades.

gravado con el *modus* (86) o, finalmente, para realizar los más diversos intereses del testador (87). De esta enumeración indicativa ya se desprende que será, en ocasiones, difícil determinar quién está legitimado para proponer que el modo imposible se cumpla de manera análoga. Hay que partir de la base de que sólo lo podrán solicitar los que tengan interés en el cumplimiento de la carga. Pero, ¿quiénes serán tales interesados? Por lo que se refiere a la carga impuesta al heredero o legatario en favor de terceros indeterminados es, a menudo, posible individualizar en un ente (88) o en una organización (89) la representación de los intereses de aquella clase de personas (90), siendo procedente en tal caso, según Mucius Scaevola, el juicio de adjudicación de bienes a que están llamadas varias personas sin designación de nombres para hacer exigible al heredero o legatario el cumplimiento, también análogo, de la carga (91). Cuando el *modus* tiene por objeto la satisfacción de ciertos intereses morales del testador (92), hay que entender que deben curar de los mismos los herederos del *de cuius* (93) y también acaso, ante su inactividad, los familiares más íntimos del testador (93^{bis}), que en el momento de encargarse de los mismos los hacen propios. La cuestión más delicada ha sido siempre y sigue siendo la de quién es el interesado en el cumplimiento del *modus* cuando éste tiene por objeto favorecer al propiogravado con la carga, pues en este caso es difícil individualizar los sujetos, distintos naturalmente del gravado (94), en los que se puede considerar continúa el interés que tenía el testador al imponer la carga. La cuestión, quizás, podría resolverse entendiendo que, en el caso contemplado, si tal interés subsiste y en quién continúa, depende de la particular configuración del *modus* en cada caso: por ejemplo, la carga impuesta al legatario de una casa solariega de no alterar el carácter arquitectónico de la misma puede ser exigida, en aten-

determinadas de dinero, o de pagar los estudios de un estudiante pobre o de premiar su aprovechamiento, etc. Cuando el *modus* se resuelve en una carga en favor de un tercero determinado estamos ante un legado obligacional: cfr. GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 895 ss.

(86) Como cuando el testador impone que los bienes que le transmita sean en todo o en parte invertidos de cierta manera que considera más segura o destinados a su instrucción.

(87) Como cuando el testador impone que se le construya un monumento funerario, ordena que se publique un manuscrito del que es autor, dispone que el instituido haya de cuidarse de un determinado animal, etc.

(88) Cfr. art. 12 R. D. de 27 de septiembre de 1912 y art. 179 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944.

(89) Cfr. art. 749 Cc.

(90) Cfr. GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 904.

(91) Cfr. MUCIUS SCAEVOLO, *Código civil comentado y concordado* cit. p. 850.

(92) Como en el caso señalado en la n. 87 de que el testador imponga que se le construya un monumento funerario.

(93) Arg. arts. 111, 112, 118, etc., Cc.

(93 bis) Como ocurre en otros supuestos: cfr. art. 466 del Código penal.

(94) Cfr. GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 908.

ción al objeto del legado modal, por los familiares del testador (95). Quienes resulten interesados, con interés propio, bien sea inmediato (como beneficiarios económicos) bien mediato (como curadores de un interés moral del difunto), en el cumplimiento del *modus* son, pues, quienes pueden solicitar que el *modus* que se ha hecho imposible relativamente sea cumplido de manera análoga a como dispuso el testador.

Y los llamados interesados indirectos, por ejemplo, en el caso de una carga modal de construir un monumento funerario, el escultor que el testador designó en la disposición, ¿pueden solicitar el cumplimiento del *modus* de manera análoga a la dispuesta que se ha hecho imposible? La pregunta, que casi es de escuela referida al cumplimiento análogo, debe contestarse negativamente: tales sujetos ni tienen un interés personal inmediato ni encarnan los intereses del difunto.

Si el *modus* se llegare a convertir en imposible, aunque susceptible de realización análoga, y nadie pidiese ese cumplimiento análogo, por no haber interesado en que tenga lugar la nueva prestación, la liberalidad se purifica, extinguiéndose la obligación en que el *modus*, en su nueva forma, consiste.

16. *Incumplimiento del modo relativamente imposible.*

Una vez determinado el contenido de la prestación análoga del *modus* que no pudo cumplirse, por imposibilidad sobrevenida, en la misma forma que ordenó el testador, la disciplina del incumplimiento de carga análoga es la ordinaria aplicable al *modus* testamentario. La nueva obligación o carga tiene la misma causa que la primitiva y debe cumplirse igualmente.

Si el gravado incumple la carga a que está obligado pueden solicitar su cumplimiento todas las personas a que acabo de referirme, las cuales, además, cuando de la conducta del obligado les sobrevenga un perjuicio, podrán pedir la correspondiente indemnización, no cabiendo ya la condena a un equivalente o análogo.

Si el incumplimiento de la carga, en su nueva modalidad de prestación, es imputable a dolo o culpa del gravado, puede, naturalmente, pedirse la revocación de la liberalidad testamentaria, para lo cual están legitimados el heredero, el albacea, el eventualmente favorecido por la decadencia del beneficio y el ejecutor testamentario, pero no los terceros favorecidos por el gravamen o carga, que sólo tienen interés en la misma carga y en su cumplimiento (96).

Sobre la dificultad extraordinaria del cumplimiento análogo del *modus* relativamente imposible y la cuestión de si puede considerársela como imposibilidad liberatoria del cumplimiento, vale lo dicho en otros apartados de este trabajo.

(95) Cfr. GIORGIANNI, M., *Il "modus"* cit., p. 908.

(96) Vid. LACRUZ, J. L., *Notas al libro de Binder* cit., p. 343.

Los heredamientos y comunidades de aguas de Canarias como cuerpos intermedios(*)

MARCOS GUIMERÁ PERAZA

Notario

SUMARIO: I. CUESTIÓN PREVIA.—II. ORIGEN, NATURALEZA Y CARACTERES. 1) Heredamientos o heredades. A) Origen. B) Naturaleza. C) Caracteres: a) Trátase de agua ya alumbrada. b) Trátase de aguas privadas. c) Trátase de agua separada de la tierra. 2) Comunidades modernas. A) Origen. B) Naturaleza y caracteres. 3) Comunidades de regantes.—III. NACIONALIZACIÓN, SOCIALIZACIÓN, PUBLIFICACIÓN DE LAS AGUAS. 1. Joaquín Costa, 1911. 2. Francisco Cambó, 1918. 3. El comunismo: 1918, 1936, 1954. 4. El conde Guadalhorce, 1927. 5. Martín-Retortillo Baquer, 1966.—IV. EL DERECHO DE SUBSUELO Y LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS. 1. El dominio del subsuelo. 2. Las aguas subterráneas. 3. Especialidad de Canarias. 4. Juicio crítico.

I. CUESTIÓN PREVIA

¿Son los heredamientos y comunidades de aguas verdaderos cuerpos intermediarios, o intermedios, como con más elegancia suele traducirse entre nosotros? ¿Concurren en aquellas instituciones para las aguas de riego los caracteres esenciales que distinguen a ciertos órganos, colocados por la naturaleza de las cosas al lado del individuo y la familia, y entre ellos —junto con las profesiones y otros grupos— y el Estado?

Yo, desde hace algunos años y con reiteración en el presente, me he atrevido a sostener la afirmativa, al proclamar —frente a desconocimientos, arbitrismos e ingerencias del Poder central y centralizador— la altísima función social que han venido desempeñando los heredamientos y Comunidades de aguas en Canarias, singularmente los primeros, al agrupar numerosos partícipes, que se cuentan por centenares, en torno a una propiedad del agua de nacientes, de pozos o de galerías, que, distribuida con arreglo a medidas de tiempo o de volumen —y de ambas a la vez—, ha ido a fecundar, libremente, tierras feraces, situadas muchas veces, casi siempre, lejos del lugar de su nacimiento, en zonas calientes y abrigadas de la costa baja de las Islas (1).

(*) Este trabajo fue presentado como comunicación del autor a un Forum de agricultura, de la VI Reunión de Amigos de la *Ciudad Católica*, que, bajo la rúbrica general “Los cuerpos intermedios”, se celebró en Madrid en el mes de octubre de 1967.

(1) MARCOS GUIMERÁ PERAZA, *Auxilios a los aprovechamientos de aguas en Canarias*, “Anuario de Derecho Civil”, Madrid, 1963, pág. 17 de la separata.

Veamos dos testimonios de autores de aquella tierra, concretamente de Gran Canaria: el uno, abogado; el otro, ingeniero agrónomo, en trabajos escritos hace años sobre el tema de las aguas.

Dijo BENÍTEZ INGLOTT (2):

“No es sólo el interés histórico y jurídico dialéctico el que nos mueve a defender las Heredades de Aguas. Es que estamos convencidos de que su existencia entraña la conservación de un valioso estamento del campo canario: el pequeño agricultor que vive pegado a su fanegada de buena tierra; a veces a su media fanegada y menos (nótese que la fanegada canaria mide poco más de 50 áreas). La destrucción de las Heredades significa la comercialización de las aguas; su mantenimiento y acrecentamiento, la renovación de la *sangre económica* del pequeño propietario y la expansión de los principios que la rigen, una medida socialmente justa.”

Y pudo afirmar HERNÁNDEZ RAMOS (3):

“La protección y respeto que debieran merecer estas instituciones tradicionales, infundidas en el espíritu y cuerpo sociales del país, en tal forma que, durante siglos, han condicionado todo su desenvolvimiento.”

“En todo tiempo, los labradores del mundo entero son los profesionales que con más tesón han defendido siempre su independencia económica y su iniciativa privada... No debe, pues, regatearse hoy el mérito del acierto de quienes supieron aunar voluntades y domeñar ambiciones...”

“Las Heredades... han sido las entidades que... permiten vivir, en algunos lugares, aunque no sea espléndidamente, pero sí como humanos, a más de 1.000 habitantes por kilómetro cuadrado.”

— *El derecho civil y las aguas de Canarias (El subsuelo y las aguas subterráneas)*, “Homenaje al profesor Alonso Lambán”, en prensa, folio 24 (año 1967):

“Las Heredades, singularmente, constituyen un ejemplo de estos cuerpos intermedios que a todo trance importa conservar y fortalecer, como organismos indispensables en una sociedad donde no deja de ser un peligro la existencia de tan sólo Administración y administrados, Estado e individuos.”

(2) LUIS BENÍTEZ INGLOTT, *Los Heredamientos de aguas*, conferencia pronunciada en *El Museo Canario*, en 1942, durante el Curso de Enseñanzas Canarias. Reproducida en *La Provincia*, 10 junio 1953 y siguientes.

(3) JUAN HERNÁNDEZ RAMOS, *Las Heredades de aguas de Gran Canaria*, Madrid, 1964. Recopilación de artículos de la Revista “Agricultura”; págs. 30, 40 y 41.

De los caracteres que seguidamente vamos a exponer compendiosamente podrá juzgarse si, en efecto, cabe calificar de *cuerpos intermedios* a estas organizaciones agrarias.

II. ORIGEN, NATURALEZA Y CARACTERES

1) *Heredamientos o heredades.*

A) *Origen.*

Surgen en las tres Islas mayores, las llamadas realengas, Gran Canaria, La Palma y Tenerife, que se incorporan a la Corona de Castilla en poco menos de veinte años: Canaria fue conquistada en 1483, Palma en 1493, Tenerife en 1496.

Nacen los heredamientos junto con los ingenios de azúcar. Fue el de la caña el primer cultivo de las Islas. Y los repartos de tierras y aguas fueron condicionados, al principio, por los conquistadores, a la construcción de ingenios, necesitados por igual de tierra para plantar la caña y de mucha agua para regarla; la que se necesitaba, también, para mover los molinos del ingenio, cuando éstos no eran de tracción animal. Andando el tiempo, se invirtió la relación y se dio menos reparto para caña que para viña, llegando a prohibirse su plantación y cultivo.

Don Fernando y doña Isabel, aun sin terminar la conquista, dieron a su gobernador PEDRO DE VERA la Real Cédula de 4 febrero 1480, fechada en Toledo, por la que le autorizaban para repartir tierras y aguas entre los que hubiesen contribuido a la conquista de Canaria. Tales repartimientos fueron confirmados por otra Real Cédula de 20 enero 1487.

Es interesante señalar que las Ordenanzas de la Audiencia, formadas por el Licenciado Ruiz de Melgarejo en 1531, tienen todo un título dedicado a los Alcaldes de Aguas, que crearon en número de dos para toda localidad donde hubiera acequias y heredamientos, "los cuales serán puestos por el Cabildo e Regimiento desta Isla", como presidentes de los Heredamientos. En 1835 se suprimieron estos cargos, pasando sus funciones a los alcaldes constitucionales. Por fin, en 1868, cesan éstos en la presidencia de las Heredades, que, desde entonces, nombran a sus presidentes.

Hacia 1840, el DOCTOR DÉNIZ, en su inédito *Resumen histórico-descriptivo de las Islas Canarias*, cifra los heredamientos de Gran Canaria en 140, 8 en Tenerife, 2 en La Palma y 4 en la Gomera (4). Años más tarde, en 1881, una *Exposición de vecinos de Las*

(4) DOMINGO DÉNIZ Y GRECK, *Resumen histórico-descriptivo de las Islas Canarias*; manuscrito en un volumen, dividido en dos tomos, propiedad hoy de nuestro amigo y compañero JOSÉ MIGUEL ALZOLA Y GONZÁLEZ, quien ha dedicado una excelente biografía a su antepasado: *Domingo Déniz y Greck.. 1808-1877*, Ediciones "El Museo Canario", Madrid, Gráficas Cónedor, 1961.

Palmas, al tratar de la escala de vapores en los puertos, dice que Gran Canaria tiene 106 heredamientos y abundantes manantiales.

En cuanto a los ingenios, cuenta NICHOLS (5) que a mediados del siglo XVI existían en Canaria doce ingenios azucareros, de los que, pese a la postración que sufrió el cultivo del azúcar, aún se conservaban siete u ocho a fines de ese siglo. Todavía hay en Gran Canaria pueblos como El Ingenio, y lugares, como el Trapiche (Arucas), que recuerdan la importancia de tan activa industria.

Entre los heredamientos de Gran Canaria, quiero destacar la *Heredad de aguas de Arucas y Firgas*, que siempre conservó su forma típica, que es como el prototipo de los heredamientos y que fue el primero que se adaptó a la Ley de 27 diciembre 1956, de la que fuera artífice en la Comisión de Códigos el profesor, abogado y publicista don Nicolás PÉREZ SERRANO. Esta heredad —la Heredad de Arucas, como es conocida— data, al menos, de una Real Provisión de 31 agosto 1505 y agrupa más de setecientos herederos o partícipes (6).

Para La Palma, don Alonso FERNÁNDEZ DE LUGO recibió de los Reyes Católicos una *Real Cédula dada en Burgos el 15 de noviembre de 1496*, en la que se le facultó para repartir tierras y heredamientos en la Isla de San Miguel de La Palma. Allí hubo hasta tres ingenios: en los Sauces, en Argual y en Tazacorte. Sin embargo, sus heredamientos adoptaron el flamante traje de Comunidades de regantes oficiales, en el último cuarto del siglo XIX.

Por lo que hace a Tenerife, los Reyes dieron a LUGO otra *Real Cédula fechada en Burgos el 5 noviembre 1496*, para hacer los repartimientos de tierras y aguas, que se reformaron más tarde por el Licdo. ORTIZ DE ZÁRATE, en 1506. El documento que recibían los donatarios de los repartos se llamaba “Albalá de data” y esta denominación, *albalá*, se conserva aún en el sur de Tenerife, referida, casi siempre, a documento privado de venta. Entre los Heredamientos de Tenerife, destaca el de La Orotava, Taoro o Tahoro, que nació en el reparto hecho el 10 de octubre de 1501, correspondiente a los na-

(5) *Descripción de las Canarias en el año 1526 hecha por Thomas Nichols, factor inglés*. Introducción y notas de B.(uenaventura) Bonnet, “Revista de Historia”, La Laguna, números 39 y 40, año 1933, tomo V, año X, págs. 207 y 208. Sobre este autor debe verse ALEJANDRO CIORANESCU, *Thomas Nichols. Mercader de azúcar, hispanista y hereje*. I. de E. C., La Laguna de Tenerife, 1963. Insiste también en la obra de CIORANESCU *Colón, humanista*, Editorial Prensa Española, 1967, pág. 107 y sigs. Allí deja claro que la verdadera fecha del texto de NICHOLS es el año 1583.

(6) Sobre las Heredad de Arucas y Firgas, puede verse la *Memoria sobre el estado de la agricultura en la Provincia de Canarias por el Coronel D. Francisco M. de León (y Falcón), Comisionado Regio en dicha Provincia*. 1850. Se insertó en el Boletín del Ministerio de Fomento de 1852, tomos 3.^º y 4.^º, sucesor del de Comercio, Instrucción y Obras Públicas, desde 1851. Tomo III, núm. 40, págs. 671 y sigs.

Y también nuestro trabajo *Don Francisco María de León (1799-1871). Su tiempo. Sus obras*. “Anuario de Estudios Atlánticos”, Madrid-Las Palmas, núms. 8-9, 1962-1963, pág. 110. La memoria está fechada en Palmas de Canaria a 30 marzo 1850.

cientes de Aguamansa, llamados el Río de la Orotava o nacientes de la Dula. Se le ha llamado, también, *acequia*, denominación muy poco frecuente en Canarias. Sus Ordenanzas datan de 27 mayo 1507 y fueron reproducidas en 1527. También en él era el Cabildo de Tenerife el que nombraba el Alcalde de Aguas, lo que supuso una excepción de lo regulado para esa Isla. Sus últimas Ordenanzas conocidas fueron aprobadas en 1859. Se compone de ciento setenta y cuatro días, dulas o participaciones y agrupa más de doscientos cincuenta partícipes. En la Orotava hubo hasta tres ingenios.

B) *Naturaleza.*

En virtud del apoderamiento real, se trata de un reparto hecho por los Reyes, a título gratuito, como remuneración de servicios prestados para la conquista de las Islas y con ciertas condiciones, como la del destino de las tierras dadas. Además de como estímulo para el asentamiento en las nuevas tierras. Los repartos en Canarias, donde se produjo una incorporación o conquista, fueron hechos en dominio libre; frente a los realizados en el Levante de la península, que por haber estado bajo la dominación árabe, se hicieron como regalías menores.

Autores como BENÍTEZ INGLOTT y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ puntualizan esto. Para BENÍTEZ INGLOTT (7) lo que fue al principio (siglos XVI, XVII y XVIII) mero señorío *alodial* o "por juro de heredad", se convirtió luego, bajo la legislación de señoríos (siglo XIX) en dominio absoluto, pleno y exclusivo. Es decir, que, a su juicio, de entidades de derecho público pasaron a ser entidades de derecho privado. Por eso, al establecer la etimología de la palabra *heredamiento*, él estima que expresa la forma jurídica empleada para establecer la heredad o heredamiento: dar las tierras y aguas en dominio *alodial*, "por juro de heredad" o "por heredamiento" (8).

Para HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (9) —una de las primeras autoridades en aguas de Canarias, abogado en ejercicio, coautor del Proyecto so-

(7) LUIS BENÍTEZ INGLOTT, *Los Heredamientos de aguas*, conferencia pronunciada en *El Museo Canario*, en 1942, y reproducida años más tarde en el diario *La Provincia*, 10 junio 1953 y siguientes.

(8) BENÍTEZ INGLOTT, lugar citado...

(9) MANUEL HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, presidente del Grupo de Trabajo número 4 de la Comisión Provincial delegada de Las Palmas de la Comisión para el desarrollo económico de las Islas Canarias, en su Ponencia *Régimen jurídico de las aguas y auxilios para obras hidráulicas y de abastecimiento*, Las Palmas de Gran Canaria, febrero de 1963, págs. 11 y 12 (Copia del Instituto Canario de Estudios Económicos, *Plan Canarias*, Las Palmas, 1963). Recomendamos la lectura y estudio de este importante trabajo, cuya publicación sería muy deseable, pues se trata de la mejor obra moderna sobre aguas de Canarias.

Sobre la abolición de señoríos, por decreto de 6 agosto 1811, que incorporó a la nación los jurisdiccionales y declaró los territoriales —caso de Canarias— como de propiedad particular, puede verse nuestro trabajo *Los diputados doceañistas canarios*, "Enciclopedia Canaria", Aula de la Cultura de Tenerife, 1967, pág. 21, III, 1.

bre personalidad jurídica de los Heredamientos— los heredamientos se dieron por concesión real, constituyendo un señorío de tipo alodial, *un señorío perpetuo*, otorgado por *juro de heredad*, los que luego fueron llamados “señoríos territoriales”, frente a los meramente jurisdiccionales. Se convirtió luego en un dominio absoluto, en un derecho de propiedad libre, derecho privado, por virtud de la abolición de señoríos (leyes de 6 agosto 1811, 3 mayo 1823, 26 agosto 1837).

C) *Caracteres:*

a) *Trátase de agua ya alumbrada.*

Los repartos versaron sobre aguas que discurrían por los cauces de los barrancos, y quizás de algún riachuelo. Procedía esta agua de nacientes o manantiales situados más altos. Esto constituye su diferencia última con las comunidades llamadas modernas, que se fundan para alumbrar agua. Como hace notar LEÓN y MATOS, en la primera obra dedicada a heredamientos (10), “cuando se repartieron los terrenos altos, se dieron en calidad de secanos, aunque nacía agua en ellos” y esto sucedió a partir de 1517.

b) *Trátase de aguas privadas.*

Para nosotros, esto ha sido siempre así. Las aguas fueron repartidas por los Reyes, junto con las tierras, sin limitación alguna. Ello separa a estas instituciones de las Comunidades de regantes, que versan sobre agua pública. La mayoría de los autores así lo sostienen.

LEÓN y MATOS (obra citada) afirma que “es claro y constante que (los Heredamientos) tienen el (derecho) de propiedad justa y legítima”, no sólo el de posesión en la antigüedad.

LÓPEZ DE HARO (11) estima que la propiedad repartida en Canarias fue libre y absoluta, mientras que en la Península tiende a la mera concesión; afirma que en Canarias no hubo jamás aguas públicas; y cita el respeto a los derechos adquiridos de la legislación de aguas (arts. 299 de la ley de 1866; art. 257 de la ley de 1879; art. 424 del Código civil).

(10) FRANCISCO (JACINTO) DE LEÓN Y MATOS, *Noticias en razón del establecimiento y formación de los Heredamientos que hay en esta Isla y de los repartimientos de las tierras en que se riegan las aguas; formación de las Ordenanzas municipales en que se comprenden las de alcaldes de aguas*. Escritas y recopiladas por D. ... siendo Director de la Sociedad Económica de Amigos del País. 1783.

Insertas en la *Colección de documentos para la historia de las Islas Canarias*, de don AGUSTÍN MILLARES TORRES, *El Museo Canario*, tomo 6º, folios 21 r. a 36 r. Signat. I-C-16.

LEÓN Y MATOS, padre de León y Romero y abuelo de León y Falcón, nació en Las Palmas el 6 octubre 1745 y falleció el 9 agosto 1792.

(11) CARLOS LÓPEZ DE HARO (y Moya), *Heredamientos de aguas*, “Revista de Derecho Privado”, año X, núm. 110, 15 noviembre 1922, pág. 321 (X).

LATOUR BROTONS (12) cree que en Canarias son "todas sus aguas privadas, tanto las superficiales como las subterráneas"; "son aprovechamientos de aguas privadas". Y por cierto que aclara su etimología, proclamando que aunque heredamiento viene de heredero, "tiene el sentido de cosa común".

HERNÁNDEZ RAMOS (obra citada), para quien "muchos barrancos fueron siempre de propiedad privada".

BENÍTEZ PADILLA (13) que afirma: "De modo que, desde hace siglos estos manantiales de los barrancos, que dejados a su curso libre, hoy constituirían pequeños caudales de aguas públicas, continuas, adquirieron un inequívoco carácter de aguas particulares y como tales fueron derivadas de sus álveos y conducidas por acequias a los predios que habían de regar". Concluyendo: "Las aguas continuas, siempre en cantidad muy moderada, son de dominio privado".

Por último, el INFORME DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS (14) subraya que aun las Heredades adaptadas pusieron de relieve su carácter de aguas de estricta propiedad privada; y las demás que han reducido a escrito sus Ordenanzas, han conservado su carácter de reglamentaciones de estricto derecho privado.

c) Trátase de agua separada de la tierra.

Parece claro que, inicialmente, el agua fue repartida con la tierra a la que regaba. Las datas rezan "de tierra y agua". Luego, al adquirir el agua la enorme importancia que hoy conserva acrecentada y en un momento cuya fecha exacta no ha podido, hasta ahora, precisar la investigación histórica, se sustituyeron los heredamientos de las tierras a las que fertilizaban, con lo que se produjo la absoluta separación de tierra y agua, que hoy perdura. El agua puede regarse en la finca a la que inicialmente estuvo adscrita; pero también en otra, de la misma zona o de fuera de su cuenca; así como venderla, permutarla, arrendarla. Es una consecuencia del pleno dominio —privado— que tiene el heredero respecto de su agua; lo que determina otra diferencia con las Comunidades de regantes, que, por ser de aguas públicas, las tienen adscritas a las tierras —o, al menos, a las cuencas— en donde se riegan.

Por eso, ha sido antijurídica —y hasta indignante— la moderna exigencia de que las Heredades de Canarias, para poder gozar de los auxilios que una legislación sedicentemente adaptada a las nece-

(12) JOSÉ LATOUR BROTONS, *Antecedentes de la primitiva Ley de Aguas*, Madrid, 1955, págs. 38 y 56.

(13) SIMÓN BENÍTEZ PADILLA, *Gran Canaria y sus Obras Hidráulicas*, Las Palmas, 1959, pág. 151.

(14) INFORME DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS, sobre las Heredades o Heredamientos de aguas emitido en marzo de 1955 por el Ilustre ... "Revista del Foro Canario", 1956, núm. 12, pág. 74. Fue redactado por una Comisión compuesta por don Carlos Ramírez, don Manuel Hernández y don Nicolás Díaz-Saavedra.

sidades de aquellas Islas ha establecido, han de adscribir rígidamente el agua a la tierra que riega y han de transformarse en Comunidades de regantes, de las llamadas *oficiales*.

Antijurídica, porque se fuerza la naturaleza de las cosas, para, desde la *Gaceta*, transformar lo privado en público, el dominio en concesión, los seculares heredamientos en Comunidades de regantes.

Indignante, porque los auxilios otorgados no son más que consecuencia de la inaplicabilidad de la legislación general de auxilios de 1911 y complementarias —Ley de Obras Hidráulicas de 7 julio 1911— a las peculiaridades geográficas —físicas— de las Islas; lo que motivó que, en 1933, un Ministro de Obras Públicas canario, el señor Guerra del Río, dictara un decreto —de 8 diciembre 1933— convertido en Ley por su inclusión en el artículo 2º de la de Presupuestos para 1935, en que tales auxilios se adaptaban a aquellas peculiaridades. A su amparo, se realizaron obras de cierta importancia —allí todo es relativo, como en miniatura—; y de pronto, en 1956, se interrumpe su aplicación, beneficiosísima, porque “determinado Departamento Ministerial formuló ciertos reparos en cuanto a su rango administrativo”. Pudo decir más tarde MARTÍN-RETORTILLO (15):

“No se trata de analizar ahora el problema de la ilegalidad del Decreto de 1933: basta con señalar que esta circunstancia fue reiteradamente acreditada por la negativa de los órganos de asesoramiento jurídico y de control financiero a que se otorgasen los beneficios en él establecidos, negativa que fue la que motivó la elaboración de la Ley de 24 de diciembre de 1962.”

Y en efecto; llegó la ley de 1962, y en vez de reactivar el Decreto de 1933, incluso con efectos retroactivos para las obras realizadas o proyectadas en el período 1956/62 —ya que las razones que motivaron la promulgación de aquel Decreto seguían vigentes—, se impone la adscripción del agua a la tierra que rieguen y la estructuración en la misma forma que las Comunidades de regantes oficiales. Es decir, deben variar su naturaleza y su regulación; si no lo hacen, no serán acreedoras a tales auxilios. Ni siquiera se quiso recoger lo que proponía la Ponencia de la Comisión de Obras Públicas, en 28 de noviembre de 1962, cuando incluía, entre los beneficiarios de auxilios, “las Comunidades o Heredades comprendidos en la Ley de 27 diciembre 1956, siempre que destinen las aguas a su distribución entre los partícipes y no a su venta”. Con razón se ha dicho de ella (16): “Ley en la que se insiste en el concepto peninsular del carácter realengo o público de las aguas”.

(15) SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO. *Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos*. Editorial Tecnos, S. A. Madrid, 1966, pág. 5.

(16) *Revista de Historia Canaria*, núms. 141-148, años 1963-1964, pág. 205, al recensionar mi trabajo sobre los *Auxilios*...

Todo ello sin contar con lo que esa medida tiene de retroceso, hacia 1880, cuando algunos heredamientos fueron aconsejados para que, adaptasen sus ordenanzas o estatutos a las flamantes prescripciones de la Ley de Aguas de 1879, transformándose en Comunidades de regantes. Y eso que la Administración de entonces, con fino instinto, rechazó en más de un caso la aprobación de las ordenanzas que se le sometían, “por tratarse de aguas claramente privadas” (17).

2) *Comunidades modernas.*

A) *Origen.*

Las Comunidades de aguas nacieron en el siglo XIX. Fueron solicitadas por el diputado canario don Pedro GORDILLO en las Cortes de Cádiz —sesión de 23 abril 1811, proposición cuarta—, quien sostuvo la necesidad de investigación de aguas subterráneas en el sur de Gran Canaria, donde los terrenos eran áridos y secos; y el que tales obras de alumbramiento, por exceder de la capacidad económica de las personas individuales, tienen que ser realizadas por agrupaciones de individuos. Y, sobre todo, proclamó su condición de aguas privadas (18).

En Gran Canaria debieron nacer poco después, en el primer tercio del siglo. El Dr. DÉNIZ (obra citada) dice que a los heredamientos de Gran Canaria “es preciso añadir el agua que suministra las minas de dominio particular, que brotan por todos los términos de la Isla, y que se puede calcular en 34 azadas, es decir, en la cuarta parte de la que forma los heredamientos (que son 135 y 1/4 azadas). Por todas, 169 y 1/4 azadas”.

En Tenerife, la primera Comunidad moderna conocida es la denominada, precisamente, “Las Aguas”, sita en La Orotava, que fue constituida en 1853. Cuenta el Dr. DÉNIZ (obra citada) que “en septiembre de 1855 se constituyó, en la ciudad de La Laguna, la Sociedad para la explotación y aprovechamiento de las aguas de Alvaro Báez, en la jurisdicción de Tacoronte (el barranco que los naturales de esta comarca llaman, por contracción, *Alvarbay*), destinadas al riego de este distrito”. Y añade: “En La Laguna, se instaló definitivamente en junio de 1855, una Sociedad para sacar y reunir las aguas de aquellos contornos en favor de dicha ciudad, que en verano experimentase escasez”. “La asociación de pozos artesianos que se estableció por el año 18... en la villa de Santa Cruz no ha dado ningún satisfactorio resultado.”

(17) Para una crítica de la Ley de Auxilios de 1962, puede verse nuestro trabajo citado en primer lugar en la nota 1.

(18) Para ampliación de este extremo, puede verse nuestro trabajo *Hace ciento cincuenta años: una intervención del Diputado por Canaria don Pedro Gordillo en las Cortes de Cádiz. El Museo Canario*, Las Palmas de Gran Canaria, 1960, núms. 73-74, Homenaje a Simón Benítez Padilla, tomo I, págs. 211 y siguientes.

Por cierto, que es de citar que LEÓN y XUÁREZ DE LA GUARDIA y sus compañeros del *Consejo Provincial de las Islas Canarias* —cuerpos en parte consultivos y en parte tribunales de lo contencioso-administrativo— que él presidía desde 1864, vieron en sesión de 8 mayo 1865 el Reglamento que presentaba la Sociedad “Empresa de Palo Blanco”, de La Orotava, para la explotación de aguas en terrenos de particulares. Y el Consejo estimó que “no procede aprobarlas, por ser de carácter privado”. ¡Mérito de León y sus compañeros de Consejo será siempre el haber sabido ver claro en esta materia, aun antes de dictarse la ley de aguas de 1866!

Por lo que hace a la Isla de Lanzarote, no hay comunidades de aguas. Ya lo dijo FRAY LESCO (19): “Si aquí hubiera aguas que alumbrar, hubieran surgido los aventureros del subsuelo, los topos soñadores de otras Islas, dignos ya de una leyenda”. Y lo remachó HERNÁNDEZ RAMOS (obra citada): “No tiene fuentes, pozos, ni acequias. Le sobra la Ley de Aguas.”

Y ya que de agricultura y aguas estamos escribiendo, queremos citar algo que fundamenta históricamente lo que nuestro buen amigo y compañero JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO afirmaba en su magnífica introducción puesta a *El Campesinado*, de Helion de Beaulieu (Madrid, Speiro, S. A., 1963, pág. 4), al tratar de la tala de bosques: D. Francisco MARÍA DE LEÓN, siendo secretario de la Junta Provincial de Agricultura de Canarias, dio un “Informe sobre las aguas de riego de la Orotava”, fechado en Santa Cruz de Tenerife el 30 de octubre de 1849; y en él, al tratar de los cultivos que fueron sucediéndose en las Islas, dice que a principios del siglo XIX las viñas fueron invadiendo los terrenos situados más altos, con lo que hicieron retirar el cultivo de los cereales y raíces tuberosas:

“Y éstas, a su vez, también invadieron la zona superior, haciendo caer al golpe del hacha y sin más que un momentáneo provecho los bosques de castaños útiles para el hombre y para los ganados de cerda, y aún los árboles monteses, dejando en el día convertidos en cerros escarpados y de un terreno pulverulento e ingrato, los que hemos visto no hace muchos años contribuyendo por lo menos a la atracción de las nubes y aumento de las mismas aguas, y destinados a lo único que podían serlo...”

B) *Naturaleza y caracteres.*

Las modernas Comunidades se constituyen para alumbrar agua; bien mediante pozos —como suele ser en Gran Canaria— bien mediante galerías —como se practica en Tenerife—. En Gran Canaria hay, también, galerías construidas a lo largo de los barrancos, para

(19) DOMINGO DORESTE, *Crónicas de Fray Lesco*, Ediciones El Museo Canario. Las Palmas de Gran Canaria, 1954, pág. 69.

captar sus aguas subálveas, haciéndolas surgir por gravedad; y en Tenerife se encuentran pozos, sobre todo en el sur de la Isla.

Son aguas privadas e independientes de la tierra a la que riegan; caracteres que las asemejan a los Heredamientos y las distinguen de las comunidades de regantes.

El agua no está alumbrada —a diferencia de las Heredades—, sino que tienen por fin precisamente el alumbrarla. Y se trata de aguas subterráneas, que hay que sacar del subsuelo de la tierra a la luz, por medios mecánicos.

Los pozos suelen pasar de doscientos metros de profundidad; y son frecuentes las galerías de más de dos mil metros de longitud, existiendo algunas que rebasan los tres mil.

Las Comunidades en Tenerife pueden cifrarse en más de seiscientas, que suelen agrupar cada una de doscientos a trescientos comuneros. En Gran Canaria parece que pueden calcularse unos dos mil pozos, con también muchos interesados, y más de 45.000 metros de galerías.

Véase, pues, a la simple exposición esquemática, la importancia social de estas explotaciones, debidas exclusivamente a la iniciativa privada. Hemos de volver sobre ello más adelante.

No es necesario que nos detengamos demasiado en la intervención administrativa en esta materia. Baste citar la Real Orden de 27 noviembre 1924, que exigió, por primera vez, el permiso del gobernador civil para el alumbramiento de aguas en terrenos particulares —firmada por el subsecretario encargado del Ministerio de Obras Públicas, general VIVES, que tiene calle en Las Palmas—; la Orden de 23 mayo 1938, que preceptúa dicha autorización a través de la Jefatura de Obras Públicas de la provincia; y el Decreto de 8 octubre 1959, que reorganiza los servicios de aguas en el Ministerio de Obras Públicas, y las Ordenes de 16 enero 1960 y 31 diciembre 1959, reguladoras de las Comisarías de Aguas de Canarias y el Servicio de Obras Hidráulicas de Canarias, que han sido definitivamente organizados, a razón de una Comisaría y un Servicio en cada una de las dos provincias canarias —con un criterio descentralizador que muchos denunciamos como imprescindible—, por Decreto de 13 agosto 1966.

La autorización administrativa —extraña por tratarse de alumbramientos en terrenos particulares— sólo se justifica por la función de policía que corresponde a la Administración, en orden a la mejor explotación de la riqueza acuífera de la nación. Es, eso sí conviene subrayarlo, una autorización, una licencia, un permiso; en modo alguno una concesión, figura de derecho público que se reserva para las aguas que tengan ese carácter. Como se sabe, en la autorización, el particular podría, de suyo, realizar tales actos, sin que la Administración añada nada a esa facultad; mientras que en la concesión se reconoce al particular el disfrute de un bien que, de no ser por ella, no estaría en el patrimonio del usuario.

Como bien ha dicho HERNÁNDEZ RAMOS (obra citada), con la Real Orden de 27 noviembre 1924 “se inicia la pugna entre la Adminis-

tración y el Código civil, al que han tenido que acogerse las Heredades por no existir un cuerpo de doctrina más claro que les ampare, ya que no las defina". Buenas pruebas de esta pugna la hemos tenido nosotros recientemente, y a ello aludiremos al tratar del derecho del subsuelo.

La autorización administrativa tiene en cuenta la distancia entre alumbramientos, que conforme al artículo 24 de la Ley de Aguas es de cien metros, como mínimo. Disposición ahora completada —con acierto— en el artículo 1.^º de la Ley de 24 de diciembre de 1962, que permite incrementar esa distancia por informe técnico del Distrito minero y la Comisaría de aguas (20).

Al propio tiempo, los que pudiéramos llamar *fundadores*, gestionan de los dueños de los terrenos afectados por la explotación el permiso para la realización de las obras en los subsuelos de sus fincas. Figura esta interesantísima, que unas veces —como en Tenerife y La Palma— se configura como mera licencia, la del artículo 417 del Código civil, corroborado por el artículo 414 del propio cuerpo legal; y otras, como en Gran Canaria, se formaliza como venta del subsuelo (21). Nosotros hemos propugnado, como tesis intermedia, por la configuración como derecho real de servidumbre en cosa ajena, que podría denominarse "servidumbre de subsuelo o de alumbramiento de agua y acueducto bajo de tierra", a la que no obsta el principio de la imposibilidad de servidumbre en cosa propia, en este caso, en parte.

Es de señalar que la licencia se concede unas veces con carácter gratuito, otras a título oneroso; y las más, a cambio de *participaciones liberadas* en la Comunidad que se constituye para alumbrar agua; es decir, participaciones libres de contribuir a los gastos comunes. En este último caso, como decimos el más frecuente, el cedente del permiso sobre su subsuelo entra a formar parte de la Comunidad para la explotación del agua, embarcándose en la aventura que supone esa actividad; de la cual, si hay agua al final, obtendrá una participación en ella libre de todo gasto; y si no se encuentra agua, nada recibirá.

En los casos de venta del subsuelo, la enajenación se hace, a veces, por una contraprestación en dinero; pero las más, a cambio de unas horas de agua de la que en su día se alumbré en la explotación que se proyecta, que estarán completamente liberadas. Es decir, que al final, el vendedor es un comunero más, que, mientras los demás aportaron trabajo y dinero, él aportó finca, constituida por su subsuelo. La Comunidad, unas veces existía antes de la adquisición de éste; las más, se constituye de hecho y de derecho en el momento de la enajenación, adquiriéndolo los fundadores por cuotas partes indivisas. Esta

(20) Sobre este punto de las distancias entre alumbramientos, puede verse nuestro citado trabajo *Aurilios...* (invocado en la nota 1), págs. 4 y siguientes, y el que se citará a continuación.

(21) Sobre este tema, puede verse nuestro trabajo *El derecho de subsuelo (Aguas subterráneas)*, "Anuario de Derecho Civil", Madrid, 1961, tomo XIV, fascículo I, págs. 121 y siguientes.

fórmula de segregación y venta del subsuelo, con o sin determinación de resto, se ha inscrito en casi todos los Registros de la propiedad de Canarias donde se ha presentado, inscribiendo el dominio a favor de los adquirentes; e incluso llegando a la agrupación de dichos subsuelos con otros elementos integrantes de la Comunidad, por constituir una unidad orgánica de explotación.

Las participaciones de la Comunidad suelen ser en número de 360, que es el resultado de multiplicar el número de horas del día por los quince días de cada medio mes, período el más usual entre uno y otro riego; por lo que el titular de una participación sabe que tiene derecho a disfrutar de todo el caudal descubierto durante una hora cada quince días.

Lo típico es que estas modernas Comunidades desean constituirse en régimen de heredamiento, asumiendo desde el principio el nombre de tales; pudiendo leerse con frecuencia en las escrituras fundacionales de ellas:

“... los comparecientes han decidido constituir un Heredamiento de aguas, es decir, una colectividad análoga o similar a las que, con nomenclatura de Heredades, Heredamientos, Comunidades Hidráulicas, Comunidades de regantes y otras parecidas, han venido surgiendo en el transcurso de los siglos con tal profusión y afines características que constituyen un verdadero derecho consuetudinario de esta Isla de Gran Canaria...”

Ha podido decir HERNÁNDEZ RAMOS (obra citada), partidario de los viejos heredamientos, que en el sur de Gran Canaria, con la apertura de pozos, y “sin perjuicio para nadie, en general, han realizado muchos labradores y algunas compañías una fructífera labor agrícola y social”.

3) *Comunidades de regantes.*

Si dedicamos un epígrafe a estas Corporaciones de aguas públicas es porque, ya antes la hemos aludido, se produjo cierta transformación en algunas Heredades, al tiempo de dictarse la vigente Ley de Aguas. El artículo 228 dispone que los aprovechamientos colectivos de aguas públicas, destinadas a riegos, deberán constituirse necesariamente en Comunidad de regantes. Añadiendo la Orden de 10 diciembre 1941 que para cada toma de agua será necesaria la constitución de una Comunidad.

En Canarias existen pocas aguas públicas. Sólo en la Isla de la Gomera tienen importancia y actualidad estas Comunidades de regantes oficiales. Pero, por la razón antes apuntada, no está de más que fijemos sus caracteres y naturaleza.

Su gruesa de aguas es de dominio público (22). Son organismos administrativos que actúan como delegados de la Administración; o, como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 13 marzo 1879, "cuerpos que ejercen funciones públicas, en parte administrativas y en parte judiciales" (23). No son, pues, *cuerpos intermedios*, sino *Estado* actuando por delegación. Como bien nos decía VALLET, ya hace años, "los comuneros son sólo titulares *ob rem*, es decir, en tanto en cuanto ellos son dueños de las tierras que con las aguas comunes se riegan".

Es, pues, agua pública y agua adscrita a la finca que riega. Cuando uno de los comuneros no desea aprovechar el agua que le corresponde, su parte acrece a la masa común y pasa a engrosar el caudal correspondiente a los demás. No puede el comunero disponer de su agua ni aun en favor de los restantes. Tienen sólo su uso y aprovechamiento, no su dominio absoluto.

Y, sin embargo, en Canarias algunas de sus Heredades seculares se transformaron en Comunidades de regantes, naciendo así unas entidades híbridas, heredamientos mixtificados, que siguen siendo en el fondo verdaderas Heredades. Algunas de ellas obtuvieron la aprobación del Poder público; pero en otras no ocurrió así. En este último aspecto, son de citar la Circular de la Dirección General de Obras Públicas de 21 de julio de 1882 y las Reales Ordens 11 septiembre 1882 y 6 junio 1883, que rechazaron su adaptación "por ser aguas de propiedad particular".

Entre otros ejemplos, citemos la Heredad del Toronjo, en San Mateo, Gran Canaria, que formuló sus ordenanzas en 16 noviembre 1882, pero a las que, de acuerdo con la Real Orden de 19 de junio de ese año, "no corresponde a la Administración aprobar ni desaprobar las Ordenanzas de una Comunidad de regantes cuyas aguas son de propiedad particular".

El Heredamiento de Icod, en Tenerife, que habiendo acordado adaptarse en 1882, le fueron devueltas sus Ordenanzas en 1884 por el Gobierno, "por tratarse de una entidad de derecho privado".

En la Isla de La Palma destacan, entre estas Heredades adaptadas, las Haciendas de Argual y Tazacorte, con más de 1.300 *hacendados*. Y la Comunidad del Río de los Sauces, que riega unas 600 fanegadas (326 hectáreas), de las que son verdaderamente regables unas 270 hectáreas; sus *celemineros* son más de 2.000; y las fincas regadas pasan de 7.200.

Y no han parado ahí los casos curiosos. De una parte, una comu-

(22) CARLOS LÓPEZ DE HARO, *Comunidades de regantes*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, Reus, 1912, separata; donde hacen interesantes distinciones entre tierra de regadio, tierra bajo de riego y tierra de secano, contempladas por el autor de su estancia en Canarias.

(23) Tal naturaleza ha quedado bien explicada por don JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Las aguas públicas y el Registro de la propiedad*, inserto en "Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil", tomo II, Madrid, 1948, pág. 180.

nidad de agua pública que se adapta a la ley privada de 1956; de otra, una comunidad privada que, para poder gozar de los auxilios de la ley de 1962, se transforma en comunidad de regantes.

Es ejemplo del primero la Comunidad de Regantes de la Presa de la Cueva de las Niñas (Majada Alta), en Gran Canaria. Se constituyó como Sindicato Agrícola "Explotaciones agropecuarias" en 24 agosto 1935, a tenor de la ley de 28 enero 1906 y Reglamento de 16 enero 1908. Sus Estatutos fueron aprobados por el Ministerio de Agricultura en Orden de 6 noviembre 1935, y por el de Hacienda el 13 del mismo. Luego se disolvió y se constituyó en Comunidad de regantes en 1944. Y, posteriormente, se adaptó a las prescripciones de la ley *canaria* de aguas privadas de 27 diciembre 1956. Quizá fuera ello fruto de la opinión de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (24), quien, dados los obstáculos con que tropiezan en Canarias las Comunidades de regantes para aprovechamientos colectivos de aguas públicas para riegos, al no poder adscribir el agua a la tierra, solicita se les autorice "para que puedan adoptar la estructura y revestir la forma de las Comunidades hidráulicas a que se contrae la Ley de 27 de diciembre de 1956".

Pero el caso más pintoresco y que demuestra la tremenda presión a que sometió la Ley de Auxilios de 1962 a las Comunidades canarias de aguas, lo presenta la Comunidad denominada "Los Heres". Esta Comunidad se constituyó el 15 marzo 1953, y sus Estatutos se protocolizaron por escritura de 9 marzo 1955. Por otra escritura otorgada el 27 septiembre 1957, adaptó sus Estatutos a la ley de régimen jurídico de los Heredamientos de aguas de Canarias de 27 diciembre 1956 y los protocolizó seguidamente. Por otra escritura autorizada el 1.^o de febrero de 1961, obtuvo dicha Comunidad un préstamo del Instituto Nacional de Colonización para mejoras en su finca, sita en Arafo (Tenerife), consistentes en la transformación en regadio de la zona perteneciente a sus partícipes, mediante la construcción de un embalse. Y de pronto, el periódico *El Día*, del martes 28 septiembre 1965, publica un anuncio de dicha Comunidad convocando a Junta general extraordinaria, en la que la presidencia informaría de las solicitudes de ayudas económicas hechas al Estado y Cabildo Insular para la construcción de ese embalse, en la que se trataría de la "modificación de los Estatutos por que se rige esta Comunidad, *a fin de estructurarlos con los mismos órganos y bajo el mismo régimen que la Ley de Aguas establece para las Comunidades de Regantes de Aguas públicas*". Así debió de acordarse; pues dos años más tarde, el mismo periódico (domingo 9 abril 67), publica otro anuncio de la Comunidad de regantes "Los Heres", de otra Junta general extraordinaria, con su orden del día.

Y es que, salvo para embalses, la ley de 1962 de nada sirve a los particulares. Y aun para los embalses, han de transformarse en Comunidad de regantes.

(24) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Ponencia...* citada, págs. 33 y 34.

Pese a los buenos deseos manifestados por el entonces ministro de Obras Públicas, señor VIGÓN, en su discurso ante las Cortes de 19 diciembre 1962, acerca de nuestras "instituciones respetables", la realidad fue que la ley exigía que nos ganáramos de nuevo esa respetabilidad, adaptándolas a las normas de las Comunidades de regantes.

Todavía, casi dos años más tarde, el a la sazón subsecretario de Obras Públicas, don VICENTE MORTES ALFONSO, volvía a hacer protestas de "nuestro respeto y nuestra mayor consideración para las Heredades y Comunidades de Aguas, cuya formalidad jurídica y legal debe perdurar y reforzarse; pero razones sociales y económicas de los regadiós a crear en base a los sobrantes de aguas de que disponen, deben apoyarse en una explotación comunitaria de los regantes, a los que obligadamente agrupa la obra de conducción, y más si el Estado contribuye económicamente a su ejecución. El canal o la conducción es el bien común de los regantes y no un peaje interpuesto entre el origen del agua y su destino y, además, la explotación se podrá llevar en común beneficio equitativo, con régimen regulado, por sistema y vía administrativos, por los órganos reglados de la Comunidad de regantes en quien la Administración delegue parte de sus funciones" (25).

La cosa está clara como el agua: protestas de respeto, pero imposición de forma pública. No admisión de la forma privada típica en Canarias. Justificación en la ayuda del Estado, cuando es evidente que era un deber de éste ayudar a las obras hidráulicas de las Islas, realizadas casi íntegramente por la iniciativa particular y a su costa. En definitiva, administrativación del sistema.

¿Dónde quedan el respeto, la consideración y hasta el fomento de las instituciones canarias? Máxime cuando el Decreto de 1933, en su artículo 2.º, contemplando la imposibilidad de adscripción del agua a la tierra, dispensa del canon por unidad de superficie regable, le conserva la posibilidad de adquisición por unidad de volumen y dispensa del plano parcelario, bastando el de conjunto de la zona regable. Así lo ha hecho ver HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (Ponencia citada), estimando que así debe entenderse la exigencia de la adscripción, por zonas regables.

Además, en dicha Ponencia se solicita que se apliquen esos beneficios también a las Comunidades modernas "que no las dediquen (las aguas), directamente ni a través de persona o entidad interpuesta, a la venta y lucro mercantil; sino que en realidad las repartan o distribuyan entre sus partícipes". Sin embargo, esto no parece entenderlo bien MARTÍN-RETORTILLO (obra citada), cuando se extraña de esas afirmaciones de la Ponencia, que reputa contradictorias con la realidad; y con lo que la misma Ponencia afirma, cuando sostiene

(25) Declaraciones del señor MORTES a la prensa de Tenerife, con relación al Plan de Desarrollo, Obras Hidráulicas (v. g. *La Tarde*, lunes 9 marzo 1964).

que las Heredades jamás han vendido agua. Pero nosotros debemos aclarar al ilustre profesor: el agua es de los herederos y son ellos —y sólo ellos— los que pueden venderla; no las Heredades, que son meros órganos de administración, distribución y representación. Como bien ha dicho DÍAZ SAAVEDRA (26), muchas Heredades no tienen el dominio de un solo segundo de la gruesa. Es posible que tal evento pueda darse en las Comunidades modernas, cuando ellas guarden "participaciones en cartera". Práctica que siempre hemos reputado anómala y que debiera desaparecer. Entonces sí que la Comunidad, como un participante más que es, puede, actuando como tal, proceder a la venta de su agua. Pero estos casos, excepcionales, podían haber sido controlados con cualquier forma de intervención que garantizase el destino para fines de riego de las aguas auxiliadas. Nada se hizo entonces.

Posteriormente, el Reglamento de dicha ley, aprobado por Decreto de 14 enero 1965, dispone en su artículo 50, 2, al referirse a la adscripción del agua en los Heredamientos y Comunidades "que no dediquen sus aguas a la venta, sino al riego de las tierras de sus participes", que bastará consignar en los Estatutos "que las aguas quedan sujetas o vinculadas a utilizarse para fines agrícolas en la zona regable a que están destinadas", incorporando "el Plano correspondiente de la zona regable, en sustitución del parcelario exigido a las Comunidades de regantes". Es decir, más o menos, se ha recogido ahora la propuesta de la citada Ponencia, basada a su vez en el Decreto de Guerra del Río de 1933.

III. NACIONALIZACIÓN, SOCIALIZACIÓN, PUBLIFICACIÓN DE LAS AGUAS

Esquemáticamente, y sin perjuicio de hacer más adelante las ampliaciones y matizaciones que en este tema se han observado en Canarias en este año de 1967, vamos a enumerar ahora los distintos intentos de *publificar* el subsuelo y las aguas, equiparándolo, a estos efectos, al dominio eminente que el Estado tiene sobre las minas y, más recientemente, sobre los hidrocarburos. Esta tesis ha reflorecido ahora, con la tendencia administrativista a declarar públicas las aguas de toda clase y, por tanto, también las privadas, con su consiguiente adscripción forzosa a las tierras donde se riegan. Contra esta tendencia, solapada, como en la ley de Auxilios de 1962, o declarada, como en el Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna, en el curso de 1967, encubierta malamente con el título de *publicatio* (seguramente por temor a emplear la palabra justa, que no es otra que la de socialización), hemos luchado modestamente, y creemos habrá que seguir luchando, sin desmayo. Para ello, la existencia de las viejas Heredades y aun de las modernas Comunidades,

(26) NICOLÁS DÍAZ-SAAVEDRA Y NAVARRO, *La heredad de aguas de riego o régimen del inmueble móvil*, "Revista del Foro Canario", núm. 11, 1955, pág. 31.

como cuerpos intermedios, es importante. Nosotros damos el ¡alerta! y aportaremos algunos argumentos para resistir a esa corriente.

1. *Joaquín Costa, 1911.*

Costa abogó por la publicación de todas las aguas, en su conocida obra *Política hidráulica* (Madrid, 1911). Allí pide “la nacionalización de las aguas... que todas las aguas sean públicas” (27).

2. *Francisco Cambó, 1918.*

Don Francisco de Asís Cambó y Batlle, en su etapa de ministro de Fomento en el Gobierno nacional de Maura, en 1918, redactó proyectos relativos a minas y aguas (28). En la introducción proclama que su plan era “nacionalizar, en lo posible, el aprovechamiento de nuestro subsuelo” (pág. XIX); y que quería “intensificar el sentido intervencionista y *nacionalista* en que se van modificando las legislaciones mineras de otros países” (pág. XXI).

Pero él mismo, al tratar del ámbito del Código minero (pág. 84), excluye las “aguas superficiales y las subterráneas que alumbran en sus predios particulares los propietarios de ellos para usos domésticos o para riego de estos mismos predios”.

Más adelante, en aparente contradicción, considera *minas* a las aguas subterráneas “que se investiguen con pozos, minas o sondeos”. “Se entenderá por aguas subterráneas las procedentes del interior de la corteza terrestre, o de la inhibición de las rocas en las formaciones geológicas. No estarán incluidas... las que procedan directamente de las lluvias y discurren por el suelo, los lechos de los ríos o el relleno de sus cauces a través del acarreo hasta la roca de la formación general” (pág. 85).

Dedica la Base 6.^a (pág. 89) a tratar de las aguas subterráneas. Para su alumbramiento remite al Código civil, a la Ley de Aguas y a las de ese Código. A partir de su promulgación, “el terrateniente sólo podrá alumbrar, sin permiso o concesión especial, las aguas necesarias para el riego del terreno de su propiedad, para abrevadero de ganados, para sus propios usos domésticos, o para el concurso de las industrias que tuviera establecidas en el lugar que hiciere el alumbramiento. En los demás casos, habrá de solicitar y obtener la concesión especial correspondiente.”

Sin embargo, sigue reconociendo la propiedad privada: “Cuando por virtud de estudios hidrográficos oficiales se designen *terrenos de propiedad particular* para efectuar en ellos, y *directamente por el Estado*, alumbramientos de aguas subterráneas, procederá la *expropiación*”

(27) JOAQUÍN COSTA, *Política hidráulica*, Madrid, 1911, págs. 73 y 301.

(28) FRANCESC DE A. CAMBÓ, *Vuit messos al Ministeri de Foment. Gestió ministerial*, Barcelona, Editorial Catalana, 1919, 322 p. 23 cm.

ción forzosa de las parcelas necesarias para dichos alumbramientos, considerándose el caso como de utilidad pública, y sin más trámites para demostrar la necesidad de la ocupación que el informe oficial correspondiente. Las aguas alumbradas por cuenta del Estado y, por tanto, de propiedad de éste, podrán cederse a las Corporaciones provinciales o municipales, o bien a particulares... y el resarcimiento de los gastos ocasionados por la iluminación."

"Podrán hacerse concesiones mineras del primer grupo de aguas subterráneas en terrenos de propiedad particular, cuando el dueño de éstos no las hubiere alumbrado ni se comprometa a alumbrarlas..."

En verdad, y como ha puesto de relieve un moderno historiador de tendencia izquierdista bien clara (29), este fue el primer intento de nacionalización emprendido en España. No llegó a flote por la ruptura producida en el Gobierno nacional, singularmente con la rivalidad y celos entre Alba y Cambó.

3. *El comunismo: 1918, 1936, 1954.*

Diversas leyes marxistas, de distintos países, han propugnado la nacionalización del subsuelo, las aguas, etc. Así:

A) El Decreto de Lenin de 19 febrero 1918, que declaró abolida la propiedad de la tierra, del subsuelo, de las aguas, etc., y se transfirió este derecho a la colectividad de los trabajadores.

B) La Constitución rusa de 5 febrero 1936, que declara propiedad del Estado, o sea, del pueblo, la tierra, el subsuelo, las aguas, etc.

C) La Constitución china de Mao Tse Tung, de 20 de septiembre de 1954, que establece que "los recursos mineros, las aguas, etc., son propiedad del pueblo entero" (30).

¡Son un buen argumento de autoridad, no cabe duda!

4. *El conde de Guadalhorce, 1927.*

Ha puesto de relieve TUÑÓN DE LARA (obra citada, pág. 141) que por los años de la Dictadura de Primo de Rivera se dio comienzo a una forma de capitalismo de Estado, a un intervencionismo económico del Estado, como la creación de las Confederaciones hidrológicas.

Por lo que hace a Canarias, cuenta don CARLOS NAVARRO (31) que siendo asambleísta, en 7 de octubre de 1927, llevó un proyecto de observaciones para la nueva Ley de Aguas, estudiado por una Comi-

(29) MANUEL TUÑÓN DE LARA, *La España del siglo XX*, París, Librería Española, 1966, pág. 64, nota 1.

(30) Pueden verse citadas en la obra de JOAQUÍN RUIZ GIMÉNEZ, *La propiedad. Sus problemas y su función social*, tomo I, Anaya, Salamanca, 1961, págs. 113, 114 y 116.

(31) CARLOS NAVARRO Y RUIZ, *Páginas históricas de Gran Canaria*, Las Palmas, Tip. "Diario", 1933, capítulo 43, págs. 431 y sigs.

sion de los Héredamientos; y tuvo con el conde de Guadalhorce, ministro de Fomento; varias entrevistas, solicitando una Ley especial de aguas para Canarias, por exigirlo así “las condiciones geológicas de nuestras Islas, el origen de nuestras aguas y la forma en que se desarrollan los riegos de nuestros terrenos”. Le pidió facilidades que el Estado debía dar a sociedades y particulares que quieran construir embalses para aprovechar las aguas de lluvias que se van al mar.

Guadalhorce —don Rafael Benjumea— prometió estudiar con interés las observaciones de las Comunidades de regantes (!) y dijo que en breve sometería a la Asamblea el proyecto de ley, “pero incluyendo las aguas en la Ley de Minas, como antiguamente, considerando los subsuelos como propiedad del Estado, y otorgando éste concesiones para obtener una tercera parte del producto que se lograra, abonando el concesionario un impuesto por la parte que le correspondiera”. Navarro le hizo ver que eso supondría “detener el progreso de su agricultura, pues en esas condiciones nadie se atrevería a emprender trabajos de esta clase”.

La tendencia es, pues, vieja: tiene lo menos cuarenta años. ¡Ya es mérito haberse preservado de ella durante todo ese tiempo! (31 bis).

5. Martín-Retortillo Baquer, 1966.

En su citada obra, MARTÍN-RETORTILLO solicita la nacionalización, aunque con distingos (32). Así, primeramente dice que estamos ante “la conveniencia de suprimir la dualidad tradicional en materia de dominio de las aguas, declarando públicas todas las aguas o, al menos, todas las aguas corrientes. Necesidad de proceder, por tanto, a la nacionalización del agua, única forma que, de modo absoluto, otorgaría al Estado título suficiente y bastante para intervenir de modo eficaz en su explotación.”

Añade que en esta dirección nacionalizadora marchan las soluciones que el Derecho comparado presenta (Italia, decreto de 11 diciembre 1933; Francia, leyes de 8 abril 1898 y 16 octubre 1919; etc.).

Cita el Anteproyecto de LA CIERVA de 21 julio 1921, que en su Base 1.^a, § 1, dice: “Son públicas todas las aguas vivas procedentes de manantiales o corrientes naturales, sin excepción alguna motivada por la naturaleza jurídica de los terrenos donde brotan o tengan su origen, desde el momento que entren a discurrir por sus cauces naturales...” Y se señala expresamente que en los aprovechamientos de

(31 bis) “Forem i són collectivistes els socialistes teòrics —no pas la massa que volta el socialisme—, els comunistes i pràcticament els representants més tipics del capitalisme... Per a comprendre bé el que diem cal no oblidar una cosa. Els projectes d'estatitització i de socialització més acusats han estat la França obra de la dreta capitalista...” (JOSEP PLA, *Obras completas*, volumen 4, *Sobre París i França. Petits assaigs sobre França. Notas sobre la política francesa*. Edicions Destino, Barcelona, 1967, pág. 495).

(32) MARTÍN-RETORTILLO, lugar citado, págs. 192 y sigs. y pág. 356.

riegos “es requisito indispensable que el agua quede adscrita a la tierra, constituyendo una propiedad común e indisoluble” (Base 5.^a).

Se refiere a un dictamen del Consejo de Estado de 10 mayo 1962, que postula un derecho de propiedad con prohibición de disponer o enajenar las aguas que constituyan el objeto de ese derecho: “Así desaparecería el mercado del agua...” Por nuestra parte, comprobamos que ese es el dictamen invocado por extenso por el ministro Vigón en su discurso en las Cortes, en diciembre de 1962 (32 bis).

Reconoce que habría que revisar el Código civil, y sin alterar la titularidad de las aguas privadas, se limiten las facultades dominicales de sus titulares.

Elogia a Israel y dice que esa maravillosa planificación “sólo ha sido posible teniendo en cuenta dos características... que se dan en la legislación israelí: el carácter público de todas las aguas; por otra, consecuentemente, la vinculación del agua a la tierra” (pág. 356).

IV. EL DERECHO DE SUBSUELO Y LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

En este año de 1967, la cátedra de derecho administrativo de la Universidad de San Fernando, de La Laguna, Tenerife, organizó un Seminario, dedicado al tema general “Aguas canarias”. Invitó a tomar parte en sus tareas a distintos profesionales —abogados, jueces, registradores, notarios—. El primer día de trabajo, 11 enero 1967, comenzó a verse la Ponencia “El artículo 350 del Código civil y la legislación de aguas”. Se sostuvo en ella, en síntesis, que el propietario del suelo no lo es del subsuelo (32 ter).

Nuestra tesis, contraria, fue leída en la sesión del 17 de febrero siguiente. De entonces acá, nuevos argumentos han venido a reforzar nuestra posición y a ellos aludiremos más adelante.

Los temas básicos que se cuestionan son: el dominio del subsuelo; la facultad de penetrar en él para alumbrar aguas; y la regulación de estos problemas en la Ley de Aguas y en el Código civil. Todo ello contemplando la realidad de las Islas Canarias, algo de la cual creemos haber expuesto anteriormente.

1. *El dominio del subsuelo.*

Rige en esta materia el art. 350 del Código civil. La inteligencia de este precepto es clara: el dueño del suelo es dueño del subsuelo. Las salvedades que introduce no enervan, contradicen, ni tan siquiera limitan el principio general, aceptado por nuestro Código, del *cujus est solum ejus est ad celum usque ad centrum*.

Tal criterio viene reafirmado por el art. 592 del mismo cuerpo:

(32 bis) Ver el dictamen del Consejo de Estado en la “Revista de Administración Pública”, núm. 44, mayo-agosto 1964, pág. 340.

(32 ter) Debe verse, como antecedente en esta tesis *progresiva*, el dictamen del Consejo de Estado de 1.^o de diciembre de 1960 (Esp. núm. 26.704), inserto en Consejo de Estado, *Recopilación de Doctrina Legal*, 1960-1961, Madrid, 1967, pág. 181, núm. 86, sobre servidumbre forzosa de acueducto, párrafos finales.

legal, al tratar de las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. Es decir, para el legislador de 1889, la propiedad del suelo y del subsuelo es ilimitada.

Y es que el Código civil está en la línea de los post-glosadores, como Cino de Pistoia; de los romanistas; de los documentos de nuestro siglo XIII; de Coepolla, etc. Lo mismo que, si bien más elegantemente, previene el art. 552 del *Code Napoleón*: "La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous".

Es de notar que el art. 350 del Código tiene sus antecedentes prelegislativos en el art. 394 del Proyecto de 1851 y en el 352 del Proyecto de 1882. Es decir, anterior aquel a la primitiva ley de aguas de 1866, y posterior éste a la vigente de 1879. El criterio, pues, se mantuvo igual antes y después de la legislación especial de aguas.

Pero es que además, la teoría del interés —formulada principalmente por Ihering y secundada en nuestra Patria por Giner de los Ríos, De Diego, don Jerónimo, Valverde, Pérez y Alguer, Castán—, aunque no pueda decirse que esté acogida por el Código civil, es claro que sirve, también, para justificar el dominio del subsuelo por el dueño del suelo.

La jurisprudencia es abundante y unánime, en el sentido que sostemos. Baste citar la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 3 julio 1907; y las sentencias de lo contencioso administrativo de 26 octubre 1949, 4 mayo 1950, 12 febrero 1953, 24 junio 1957, 16 octubre 1959. Muy especialmente es de destacar la sentencia de 28 octubre 1958, entre la Heredad de la Vega Mayor de Telde y la Comunidad de regantes de Malpedrosillo, ambas en Gran Canaria, en la que puede verse cómo las partes, el Juez, la Audiencia y el Supremo proclaman una realidad que no se cuestiona: el dominio del suelo y del subsuelo, en este caso separados, sin contradicción alguna.

En apoyo de esta nuestra tesis podemos citar a destacados autores extranjeros y españoles: Colin y Capitant, Messineo, Alcántara Sampelayo, Gay de Montellá y Massó, Villacañas, De la Rica, Dualde; y muy especialmente, por contemplar la realidad específica canaria, VALLET DE GOYTISOLO —notario que fue de Arucas, en Gran Canaria, hace unos veinte años— en dos trabajos suyos, bien diferentes, escritos últimamente (33); y el citado MARTÍN RETORTILLO Y BAQUER (34), al comentar la legislación de auxilios de 1962 y su reglamento de 1965, donde reconoce que el Proyecto presentado por el Gobierno pretendía la *publificación* de las aguas subterráneas no alumbradas todavía, negando todo derecho sobre ellas al propietario del suelo antes de que fueran alumbradas, mientras que el Reglamento al regular las indemnizaciones reconoce el derecho de los propietarios de los predios bajo los que subyacen las aguas.

(33) JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre Derechos de cosas y garantías reales*, Colección Nereo, Madrazo, 157, Barcelona, 1962, pág. 119.

— *Panorama del Derecho civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1963, tema sexto, pág. 155.

(34) MARTÍN-RETORTILLO, *Aguas públicas...* citada, pág. 117, nota 83.

Por su parte, la práctica canaria ha configurado este derecho de subsuelo a través de la venta del mismo y de la licencia del propietario del suelo. Ya lo hemos visto antes.

Una variante de aquella fórmula la hemos visto en Tenerife: retención del subsuelo, por vía de reserva o deductio, al tiempo de proceder a la enajenación del suelo y vuelo.

Nosotros hemos sostenido desde hace años que la mejor fórmula pudiera ser la de la servidumbre de subsuelo, o sea, "derecho real de subsuelo sobre fincas rústicas ajena, consistente en una servidumbre de alumbramiento de agua y acueducto bajo de tierra, con autorización para toda clase de servidumbres accesorias". Que se inscribiría en el Registro de la propiedad, en el folio de la finca sobre que recae, gravando la finca en su conjunto, suelo y subsuelo. Pero siempre hicimos constar, expresamente, que "no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho de subsuelo se configure como una desmembración del dominio de una finca entre suelo y subsuelo, atribuyendo la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro" (35).

2. *Las aguas subterráneas.*

Regula el Código civil esta materia en los citados artículos 414 y 417, que exigen la licencia del propietario de los predios para buscar, usar e investigar en ellos aguas subterráneas. Es decir, lo que la doctrina conoce con el nombre de *derecho de exclusión*. Desarrollo del ya estudiado art. 350. Ambos preceptos tienen sus precedentes en el Proyecto de 1882; es decir, tuvieron en cuenta lo que disponía la legislación especial de aguas, vigente desde hacía años.

También aquí la doctrina *canaria* es bien clara. LÓPEZ DE HARO —registrador de la propiedad que fue de Guía de Gran Canaria desde 1908 a 1918— dedicó varios trabajos a esta materia, singularmente en la Revista de Derecho Privado (36). Exige que para la ocupación del subsuelo obtenga el tercero de la licencia del dueño del suelo. Y en nuestros días, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (en la Ponencia citada), parte de la base de la propiedad del subsuelo aneja a la del suelo.

3. *Especialidad de Canarias.*

No existe en las Islas Canarias un derecho foral. Tampoco tienen *hechos diferenciales* que las opongan o las separen de otras regiones. Pero sí tienen en materia de aguas singularidades y especialidades, que han determinado al legislador, de todo tiempo y régimen, a tratar

(35) MARCOS GUIMERÁ PERAZA, *El derecho de subsuelo...* citado, págs. 134 y siguientes.

(36) CARLOS LÓPEZ DE HARO Y MOYA, *Fuentes y aguas subterráneas*, "Revista de Derecho Privado", tomo I, octubre 1913-diciembre 1914, págs. 308 y sigs. — *Aguas subterráneas*, "Revista de Derecho Privado", 1917, págs. 33 y sigs.

de regularlas y ordenarlas, en busca de un mejor aprovechamiento de las aguas y de la paz pública.

En tal sentido, fue dictada la ya citada Real Orden de 27 noviembre 1924, y la Orden de 23 de mayo 1938 —también ya citada— que estableció la presentación de la solicitud en las Jefaturas de Obras Públicas de cada provincia —desde 1927, dos provincias en Canarias— autorización que sería otorgada, en su caso, por el Gobernador civil respectivo.

Más tarde, al reorganizarse los servicios de aguas en el Ministerio de Obras Públicas, por Decreto de 8 octubre 1959, la autorización ha de ser solicitada en las Comisarías de Aguas (Orden de 16 enero 1960 y otras). Etc., etc.

Toda esta legislación ha venido a ser refundida en el Reglamento de la Ley de Auxilios de 1962, Decreto de 14 enero 1965.

Muy interesante ha sido, y es de elogiar el legislador, el haber accedido a descentralizar lo relativo a las aguas públicas y privadas de las Islas Canarias, creando, por el Decreto del Ministerio de Obras Públicas de 13 agosto 1966, un Servicio Hidráulico y una Comisaría de Aguas *en cada una* de las dos provincias canarias. Aspiración que habíamos expresado reiteradamente, con base en la necesidad de la paz pública, de la prosperidad de las Islas y, desde luego, en la naturaleza de las cosas.

Por su parte, la ley de Auxilios a las obras hidráulicas, de 24 diciembre 1962, crea la figura jurídica de la reserva de caudales de aguas subterráneas por el Estado (art. 2º). Ya hemos analizado y criticado tal regulación en otra parte (37). Dispone, en contra de lo que prevenían los dos distintos proyectos de ley presentados —el 20 de julio y el 15 de octubre de 1962— y de acuerdo con el informe de la ponencia de 28 noviembre, que la “reserva se llevará a cabo con las indemnizaciones a que en su caso haya lugar, de acuerdo con la Ley de Expropiación forzosa”. El Reglamento citado de 1965 las regula en el capítulo II, arts. 21 y siguientes. Disponiendo el art. 26 el abono de las indemnizaciones “que deban percibir los propietarios de los predios bajo los cuales subyacen las aguas”.

Por último, también el Reglamento de 1965 recoge la interpretación canaria del dominio del subsuelo y de las aguas subterráneas, viniendo a poner claridad en la contemplación administrativa del problema, precisamente porque “no había disposición administrativa aplicable al caso” (de su Preámbulo). En su articulado, capítulo I, Sección 1.ª, exige (art. 1, 3) acreditar la propiedad de los terrenos en que se pretenda “realizar las obras y de aquellos debajo de los cuales hayan de excavarse las galerías”. En su defecto, “la debida autorización de los propietarios correspondientes”. Y en el artículo 13, en caso de transferencia de autorizaciones, exige acreditar “el per-

(37) MARCOS GUIMERÁ PERAZA, *Auxilios...* citado.

miso explícito de ocupación del nuevo beneficiario, renovado por cuantos lo autorizaron en el expediente primitivo”.

4. *Juicio crítico.*

¿Estaremos en Canarias ante un privilegio inmerecido —“sólo para Canarias”— como se llegó a decir por el Ponente citado?

En primer lugar, aun cuando se tratara en efecto de un *privilegio*, ello no querría decir más que *privata lex*, ley privada: “Contrariamente a lo que se cree, los privilegios no son derechos arbitrarios concedidos a las clases dirigentes. Son las leyes, los derechos privados correspondientes a la función social de cada cuerpo dentro de los límites de su naturaleza particular” (38).

Más sobre todo, como creemos haber puesto bien de relieve, estamos tan solo ante una legislación singular, demandada por la naturaleza de las cosas. En efecto; en Canarias no existen ríos; son muy escasas las lluvias; cuando llueve, suele hacerlo de forma torrencial que impide la recogida de las aguas y su aprovechamiento; las obras en los barrancos de ciertas Islas —por ejemplo, la de Tenerife—, son costosísimas y de pequeña dimensión, forzosamente; no son suficientes las aguas de nacientes o manantiales... De todo ello se infiere la extraordinaria importancia que tienen en Canarias las aguas subterráneas, y cómo ella sola justifica cuantas disposiciones se dicten para mejorar —o al menos conservar— la debida explotación de las mismas. Hablando en términos generales, en Canarias no hay aguas públicas, al revés que en la península. Donde sí que cuadran bien la concesión, la Comunidad de regantes, la adscripción forzosa del agua a la tierra.

Entonces, ¿habrán de intentarse esas mejoras subvirtiendo la clásica concepción del dominio del subsuelo? ¿Será justo realizar expropiaciones sin indemnización? ¿Bastará a justificar todo ello la llamada función social de la propiedad? Detengámonos en punto en esto.

En fuerza de oír hablar de la función social de la propiedad, maravillosa explicación de lo que debe ser el contenido del dominio, hecha en primer término por la Iglesia Católica, especialmente desde León XIII a Juan XXIII, parece olvidarse que tal función social se monta, precisamente, sobre la propiedad privada, a la que la misma doctrina pontificia enaltece y considera como bien indispensable en la sociedad cristiana. Si la propiedad estuviera al servicio exclusivo de lo social ello supondría tanto como la desaparición de la propiedad: “Sería tanto como minar la propiedad y su función misma. Al colocar al Estado en el ámbito de los particulares, se destruiría la libertad y la libre iniciativa” (39), ha recordado VALLET DE GOYTISOLO.

(38) MICHEL CREUZET, *Los cuerpos intermedios*, Parte 2^a, “Orden jurídico y función supletoria”, VERBO, serie III, núm. 23, pág. 156.

(39) JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, *El orden natural y el Derecho*, VERBO, núm. 53-54, y Separata, pág. 10 y notas 35 y 36.

Los Heredamientos y Comunidades de aguas en Canarias han cumplido —y hasta la fecha siguen cumpliendo— una verdadera función social. Gozan de personalidad jurídica independiente, reconocida por la Ley de 27 diciembre 1956, de la que fue artífice en la Comisión de Códigos don Nicolás Pérez Serrano. Pero es que, además, Canarias, desde mucho antes de las leyes de aguas, y hasta nuestros mismos días, —es decir, sobre siglo y medio al menos— se ha preocupado de esta función social del agua. Nunca hemos sido insolidarios. Puestos a definir, diríamos que hemos sido liberales, con deseos sociales.

Así, en el siglo XIX, la Diputación Provincial de Canarias —entonces una sola provincia, como se sabe— durante el trienio liberal, en 1822, reclamó de las Cortes “una medida legislativa por la que se declare que cuando el dueño de aguas se niegue expresa o tácitamente a aprovecharlas, se repute como si fueran del común” (*Diario de Sesiones*, 24 octubre 1822, pág. 577). Y la Junta Provincial de Agricultura de Canarias, en 1848, vio un dictamen acerca de las obras de aprovechamiento de aguas para riego de los terrenos, presentado en la sesión de 6 octubre, en el que se pide se autorice “a los particulares para hacer las obras necesarias, en caso de que los legítimos dueños no lo verifiquen en el tiempo que les prefije la misma ley” (*Libro de Actas*, folio 10 vuelto).

Hace cuarenta años, OROZCO Y BATISTA (40) criticó el abuso del propietario de un predio cuando se niega a permitir la investigación en él de aguas subterráneas y propone que otro pueda hacerlo, “previa la consiguiente indemnización de los perjuicios que se le occasionen”. Y propone constituir una servidumbre forzosa de ocupación para las obras de alumbramiento de aguas, reconociendo al propietario el derecho a la justa indemnización por esa expropiación, representado por el cinco por ciento de las aguas que se alumbrén. No es ninguna tesis socializante, como se ha dicho por alguno. Como todos los privatistas, parte de la propiedad del suelo y subsuelo; si bien abogue por la expropiación, en ciertos casos, con la consiguiente indemnización.

Sobre 1961, el entonces decano del Colegio de Abogados de Las Palmas, RAMÍREZ SUÁREZ (41), se queja de que la ley no imponga “la obligación de hacer en subsuelos inexplorados y abandonados, a pesar de existir en ellos posibilidades de explotarse una riqueza acuífera”; y propone crear un derecho de acceso al subsuelo inactivo, por parte de quien desee explotarlo eficazmente, mediante justa indemnización o con participación liberada del citado dueño. Al regularlo,

(40) ANDRÉS DE OROZCO Y BATISTA, *Los alumbramientos de aguas de Canarias. Apuntes para su estudio jurídico*, Santa Cruz de Tenerife, Imprenta de Alvarez, plaza Patriotismo, 1. 1926.

(41) CARLOS RAMÍREZ SUÁREZ, *Estudio histórico, legal y jurisprudencial de las aguas de regadío en Canarias. Problemas que se plantean y sus soluciones*. Las Palmas de Gran Canaria, 1962.

exige el previo requerimiento al propietario para que lo explote por si o permita el acceso al peticionario.

Cuando en el verano de 1962 llega a Canarias el Proyecto de ley de auxilios, que habría de ser ley en diciembre, una enmienda suscrita el 18 de noviembre por el procurador VILALTA CARALT —y que hacemos íntegramente nuestra— ya sostuvo la gravedad social de la resistencia del propietario a alumbrar aguas en el subsuelo de su finca, o a permitir que otros, interesados en su alumbramiento, lo efectúen; pero exigió las garantías mínimas del ordenamiento sobre expropiación forzosa, optando o por la expropiación del dominio del subsuelo, con abono de su justo precio, o por la constitución forzosa de una servidumbre en dicho subsuelo; y en ambos casos, con la justa indemnización. Reguló la intimación fehaciente al propietario para que explote las aguas existentes en el subsuelo de su finca, en un plazo corto; y ante su negativa, la expropiación, con indemnización.

¿Estará entonces el intérprete de la realidad canaria ante un caso de reaccionarismo jurídico y económico, como se ha dicho? Esta nuestra postura, compartida por tantos en momentos tan diferentes, sería inmovilista —de derechas, conservadora, tradicional—, teniendo como tiene su apoyo en el Código civil de 1889; mientras sería una posición avanzada o progresista —sedientemente heterodoxa, de izquierdas— la que se fundara en las leyes de aguas de 1879, 1866 y así hacia atrás.

¿Será que el Código del 89 es demasiado liberal, y opuesto a la tendencia social que marca con su signo los tiempos que vivimos? Pudiera ser. Pero la consecuencia sería la revisión de esas leyes civiles liberales y su sustitución por otras sociales. O se plantea la cosa en el terreno del derecho constituyente, con los nombres que verdaderamente tiene: socialización, colectivización; o, de lo contrario, sería forzar el derecho vigente, haciéndole decir lo que no dice; y eso no es más que mero arbitrio, pura arbitrariedad. Sería convertir, porque sí, las aguas privadas en aguas públicas, el dominio particular en concesión del Estado, las Heredades en Comunidades de regantes. Sería un retroceso de más de ochenta años. Merecería repetir a su fautor, mudando lo mudadero, lo que el notario don Isidoro Padrón dijo de don Amaranto Martínez de Escobar, asesor de las Heredades transformadas en 1880:

—Don Amaranto sabe tanto, sabe tanto..., ¡que está cambiando las aguas privadas en aguas públicas!

En definitiva, es que hay algo superior a lo liberal y a lo social, que justifica, con caracteres de permanencia a través de los siglos, la interpretación *canaria* del concepto de las aguas subterráneas. Se trata, ni más ni menos, del principio de subsidiariedad, que formulado por S. S. Pío XI, en su Encíclica *Quadragesimo Anno*, § 80, ha sido ratificado por el Papa Juan XXIII, en su *Mater et Magistra*, § 53.

¿Se dan en Canarias tales supuestos? Sin jactancia, pero con legítimo orgullo, se ha venido haciendo constar en todo instante la in-

gente labor de la iniciativa privada para alumbrar aguas subterráneas, con las Heredades y Comunidades, con los pozos y las galerías. Sin rencor, pero con sinceridad, se ha puesto de manifiesto la casi nula actuación del Estado en materia de aguas, que ahora actuaría "postergando el papel que le corresponde en el aprovechamiento de las aguas discontinuas que, a falta de la realización de una política hidráulica en las islas, van a perderse en el mar" (Ponencia de GARCÍA HERNÁNDEZ, 22 octubre 1962).

Hasta el Consejo de Estado, en el dictamen sobre el proyecto de reforma parcial de la ley de aguas, que sirvió de base al ministro VIGÓN en su discurso a las Cortes de 19 diciembre 1962, hubo de proclamar "el respeto que les merece la iniciativa privada en la búsqueda de agua en dichas comarcas, la cuantía de los capitales empleados en tan nobilísimo afán y el bien que han producido a la economía nacional..." (42).

Y RAMÍREZ SUÁREZ (obra citada) se alarma ante el intervencionismo estatal del artículo 2.^º del Proyecto de ley de auxilios, al que ve un doble inconveniente:

"a) el propio de toda intervención estatal en problemas que tienen un matiz de derecho privado, aunque con repercusiones económico-sociales evidentes.

b) la suplantación y consiguiente desplazamiento de la iniciativa privada en torno a esta cuestión."

En síntesis, iniciativa privada fecunda, derechos dominicales respetables. Hasta ahora, con ellos los intereses públicos han sido convenientemente atendidos. Y hoy se quiere no ya sustituir —cuando apenas hay nada que sustituir—, sino verdaderamente suplantar lo particular por lo público. Y eso no es más que una violación de aquel principio de subsidiariedad.

No extrañará que, en esta materia al menos, se vea con prevención el deseo del intervencionismo estatal. Sin que podamos afirmar que él —y su inevitable planificación— lleve indefectiblemente a la publicificación, a la tecnocracia y hasta al propio totalitarismo o capitalismo de Estado, la verdad es que existe fundado temor de que así sea. Y ello ha venido evitándose con la iniciativa particular y el respeto a la propiedad privada. Para luchar contra el abuso del derecho —¡qué mal suena aquí la palabra chantaje!— basta la debida corrección de los tribunales.

Tengamos a la vista lo que sobre el particular dice la *Populorum Progressio*, de 26 marzo 1967, sobre propiedad privada y expropiación, iniciativa particular y cuerpos intermedios, colectivización integral y planificación arbitraria, liberalismo de ayer y tecnocracia de hoy...

Y concluyamos sosteniendo que en Canarias, más que a buscar la intervención del Estado, debe tenderse a fomentar y auxiliar la iniciativa privada, de tan fecunda raigambre en las Islas.

— (42) *Revista de Administración Pública*, núm. 44, mayo-agosto 1964, pág. 341.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

El régimen jurídico de las inversiones de capital extranjero en Francia

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. Del régimen liberal de inversiones al régimen de control de cambios.—2. El “Office des Changes” francés.—3. Los recursos de los particulares ante el régimen de control de cambios.—4. La evolución de la política seguida por los poderes públicos franceses respecto a las inversiones extranjeras.—5. El régimen francés de inversiones de capital extranjero durante el período 1959-1966.—6. La nueva legislación sobre las relaciones financieras con el extranjero.—7. El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Francia y de los franceses en el extranjero.—8. Los procedimientos a seguir para las inversiones extranjeras.—9. Los órganos competentes para las relaciones financieras con el extranjero, sus medios de control y las sanciones.—10. Notas comparadas entre los regímenes de inversiones francés y español.

1. *Del régimen liberal de inversiones al régimen de control de cambios.*

El mercado de capitales en Francia, anterior a la segunda guerra mundial, se presentaba como el de un país más bien exportador y con un régimen jurídico liberal que igualmente permitía recibir cualquier inversión extranjera. *Las estadísticas del año 1930*, advierte LOUSSOUARN (1), revelan la existencia de un equilibrio entre las inversiones francesas realizadas en el extranjero y las inversiones extranjeras hechas en Francia. Posteriores evoluciones del mercado internacional, concretamente por haberse implantado regímenes de control de cambios por otros Estados extranjeros (2), condujeron a Francia a esta-

(1) LOUSSOUARN: *Le régime juridique des investissements étrangers en France* (Contributions françaises au VIIe Congrès International de Droit Comparé à Uppsala). París, 1966, p. 200.

(2) Cfr. GERARD: *Les régimes de réglementation du commerce des devises et les créances commerciales bloquées à l'étranger*, en Revue économique international, II (1932), p. 471 ss.; DELCOURT: *Les procédés modernes de contrôle de change et leur application dans les pays anglo-saxons*. París, 1936; SIENRA: *Les restrictions monétaires et les diverses régimes d'avoirs à l'étranger*. Thèse. París, 1936; BERGMANN: *Le régime des devises dans la pratique du droit international privé*, en Bulletin de l'Institut Juridique International, 35 (1936), p. 29 ss.; DUDEK: *Französische Urteile über Umgehung der deutschen Devisengesetze*, en Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (1936), p. 291 ss.; DOMKE: *Les mesures du contrôle des changes et les principes*

blecer acuerdos de clearing que tenían por finalidad la defensa de los intereses franceses respecto a aquellos países extranjeros (3).

Al estallar el segundo conflicto bélico mundial, Francia instaura inmediatamente el régimen de control de cambios por el Decreto-ley de 9 de septiembre de 1939, el cual "prohibe y reglamenta en tiempos de guerra la exportación de capitales, las operaciones de cambio y el comercio del oro" (4), o sea, que tiene la finalidad de poner a disposición del Gobierno los recursos monetarios suficientes para hacer frente a los grandes gastos que implica un conflicto de este género. Sin embargo, este control de la economía y sus tendencias dirigistas se prolongan con posterioridad a la conclusión de la guerra con una serie de medidas legislativas. Sus disposiciones más fundamentales son las siguientes: el citado Decreto-ley de 9 de septiembre de 1939 (5), prorrogado por el artículo 178 de la Ley de 7 de octubre de 1946 (6); el Decreto de 15 de julio de 1947 (7), que recopila las obligaciones y prohibiciones dadas por la reglamentación de cambios y que se modifica por el Decreto de 16 de febrero de 1952 (8); el Acuerdo de 15 de julio de 1947, que precisa ciertas modalidades de aplicación.

du conflit des lois, en Nouvelle revue de droit international privé, IV (1937), p. 536 ss., y también *La législation allemande sur les devises en droit international privé*, en Clunet, 64 (1937), p. 226 ss.; PIATER: *Le contrôle des devises dans l'économie du troisième Reich*. París, 1937; VERRET: *Le problème du contrôle des changes en France*. París, 1938.

(3) Cfr. CHAMBAULT: *Les avoirs français à l'étranger et les Offices de Compensation*, París, 1932; NIBOYET: *Les récents accords de compensation signés par la France. Problèmes de droit international privé*. París, 1933; BRUNETON: *Les règlements commerciaux entre la France et l'étranger*, en Questions Prud'honnables, fiscales et commerciales (1922), p. 656 ss.; BERNAYS: *Les contrats privés et les règlements par les Offices de Compensation*, en Revue critique de législation et jurisprudence, 76 (1936), p. 436 ss.; BATAILLE: *Les Offices de Compensation et leur rôle dans la restauration du commerce extérieur*. París, 1934; LACHAZE: *L'Office française de Compensation et les règlements internationaux*. París, 1934; DOLLY: *Traité des opérations de compensation. Les clearings commerciaux*. París, 1935; DUSBOIS: *Considerations générales sur les accords de clearing*, en Revue économique internationale, julio (1935); ROSENFIELD: *La compensation plurilatérale limitée comme moyen de redressement des changes internationaux*. París, 1937; FOUCHEZ: *Les accords de clearing*. París, 1936; SZASZY: *Les accords de clearing en droit privé*, en Clunet (1937), p. 738 ss.

(4) Cfr. TOULEMON: *La liberté de l'or et les contrats*, en Recueil de la Gazette du Palais (1948), p. 522 ss.; ESMEIN: *Le régime de l'or et les clauses de paiement en or*, en Recueil de la Gazette du Palais (1948), p. 33 ss.; HEBRAUD: *L'or, le franc et les clauses monétaires*, en Chronique Dalloz (1948), p. 137 ss.

(5) "Journal Officiel", de 10 septiembre 1939. A partir de entonces, la doctrina realiza su estudio. Cfr. AGHION: *Le contrôle des changes (législation et économie comparées)*. París, 1939; VASSEUR: *Le contrôle des changes en France*. Bâle, 1942; PLAISANT: *La codification de la réglementation des changes*, en Chronique Dalloz (1947), p. 173 ss.; PIATER: *Le contrôle des changes*. París, 1947; PIATER y LA CLAVIERE: *Le contrôle des changes en France*. París, 1948; LA CLAVIERE: *Le contrôle des changes*. París, 1952.

(6) "Journal Officiel", de 8 octubre 1946.

(7) "Journal Officiel", de 20 julio 1947.

(8) "Journal Officiel", de 17 febrero 1952.

del Decreto anterior (9), modificado por el Acuerdo de 26 de mayo de 1950 (10); el Acuerdo de 15 de julio de 1947 (11), relativo al control aduanero de cambios, modificado por el Acuerdo de 29 de julio de 1950 (12); la Ordenanza de 30 de mayo de 1945 (13), relativa a la represión de las infracciones de la reglamentación de cambios; y la Ley de 2 de febrero de 1948 (14) sobre ciertas modificaciones a la reglamentación de cambios en correspondencia con ciertas disposiciones fiscales.

Por lo que se refiere a las exportaciones de capital e inversiones, la Ordenanza de 15 de enero de 1945 aplica un criterio especialmente severo al oponerse a la salida de capitales franceses y a la repatriación de los capitales extranjeros invertidos en Francia (15), medida que se mantiene por el Decreto de 15 de julio de 1947, donde se fija el principio de que toda inversión extranjera en Francia queda sometida a autorización del Ministerio de Finanzas. La Circular 419 de la Oficina de Cambios, de 2 de septiembre de 1949, respecto a la liquidación de las inversiones, disponía que para las realizadas en tiempos anteriores, el producto de su liquidación no podía ser metido en una "cuenta capital" cedible entre no residentes.

Una tendencia hacia la liberalización del régimen de inversiones se produce en el período 1949-1964 (16), que se concluye al dispo-

(9) "Journal Officiel", de 20 julio 1947.

(10) "Journal Officiel", de 28 mayo 1950.

(11) "Journal Officiel", de 20 julio 1947.

(12) "Journal Officiel", de 30 julio 1950.

(13) "Journal Officiel", de 31 mayo 1945.

(14) "Journal Officiel", de 6 julio 1948.

(15) Cfr. TENTER y HALPERN: *Le contrôle des changes en France et en Grand Bretagne*, en Clunet, 67-72 (1940-1945), p. 366 ss.; LE ROY: *Le régime des devises étrangères et valeurs mobilières étrangères au regard de la réglementation des changes*, en Jurisclasseur Periodique (1948), p. 675 ss.; JEANTET: *Le contrôle des avoirs étrangers en France*, en Chronique Dalloz (1949), página 49 ss.; LEBEGUE: *La politique française de contrôle des changes en matière de valeurs mobilières*. Thés., París, 1951.

(16) Cfr. ASSOCIATION PROFESSIONNELLE DES BANQUES: *Le financement des investissements. France, Grande Bretagne, Belgique, Italic. La B. I. R. D., L'U. E. P.* París, 1951; LA CLAVIERE: *Le retour à l'économie libérale et le contrôle des changes*, en Semaine Juridique (1950); JEANTET: *L'évolution du contrôle exercé par l'Office des Changes sur les relations financières franco-étrangères en 1950*, en Clunet, 77 (1950), p. 1272 ss.; PEYTEL y HEYMANN: *Les investissements en France des capitaux étrangers*, en Gazette du Palais, Recueil Chron. (1950), n. 6 ss.; EMORINE: *L'action du contrôle des changes sur le commerce extérieur. Les récents assouplissements*. París, 1951; LEVANTAL y ANSELME-RABINOVITCH: *Réglementation du commerce extérieur et des changes*. París, 1953, y "Foreign investment in France and French Exchange", en American Journal of Comparative Law, 3 (1954), p. 427 ss.; CHARUEL y MICHAUD-PELLISIER: *Guide pratique de la réglementation financière et commerciale des changes en France*. París, 1953; ANSELME-RABINOVITCH: *Les avoirs étrangers et les investissements étrangers dans la réglementation française des changes*, en Revue de la Banque, 3-4 (1956), p. 322 ss.; HAMEL, BERTRAND ROBLOT: *Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques*. París, s. a.; A. N. S. A.: *La réglementation des changes. Devises et valeurs mobilières étrangères. Avoirs*

ner un régimen de libertad para las cuentas bloqueadas, que culmina por la Decisión de 28 de diciembre de 1958 y la Circular 669, de 21 de enero de 1959, que resuelven la convertibilidad del franco para los no residentes, y otorgan la libertad de transferencias, concretamente, las que son producto de la liquidación de inversiones extranjeras "regularmente constituidas", o sea, las que se sometieron a los requisitos de los preceptos reglamentarios o que fueron autorizados; tales transferencias pueden ser realizadas al extranjero sin necesidad de una autorización previa.

A partir de 1959, se inicia una etapa de "liberalismo controlado" para el régimen de inversiones (17), principios de libertad absoluta o relativa se aplican por diversos Convenios bilaterales (18), como sucede con el Convenio franco-americano de 1959 y, posteriormente, el Convenio franco-tunecino de 9 de agosto de 1963.

Antes de pasar a la nueva etapa del régimen jurídico de las inversiones extranjeras, veamos cómo y cuáles son los órganos de control, sus características, atribuciones y finalidades.

2. *El "Office des Changes" francés.*

Por el Decreto-Ley de 19 de marzo de 1939 se crea el "Office des Changes", que, según el art. 1.^º, se trata de un "establecimiento público dotado de personalidad civil y de autonomía financiera". La doctrina (19) hace ver cómo se trata de un establecimiento público erigido para descentralizar y promulgar la actividad del Ministerio de Finanzas. El Decreto de 22 de febrero de 1941 dice que el Director "signe la correspondence et représente l'Office à l'égard des tiers" (artículo 4.^º) y tiene funciones de índole administrativa y ejecutiva, entre las que están el asignar o denegar divisas.

Como muestra PLAISANT (20), el funcionamiento de la Oficina de Cambios consiste en dar autorizaciones para proceder al desbloqueo y a las transferencias necesarias en la realización de las operaciones con el extranjero. La legislación de cambios se resume, por una parte, en una prohibición absoluta, por otra, en un procedimiento administrativo que permite obtener ciertas derogaciones. El funcionamiento de

à l'étranger. Avoirs étrangers en France. París, 1957; HARTWIG: *Valeurs mobilières et investissements privés.* París, 1957; SENN: *Les sociétés d'investissement en droit français et comparé.* París, 1958; TUROT: *Les nouveaux mécanismes d'investissement collectif,* en *Banque*, 27 (1958), p. 74 ss.

(17) Cfr. LOUSSOUARN: *op. cit.*, p. 203.

(18) Cfr. METELIUS: *Le contrôle des changes et les accords commerciaux, en Aspects juridiques du commerce avec les pays d'économie planifiée,* de BERNAN, DOMKE y GOLDSTAJU. París, 1961.

(19) Cfr. PEYTEL y HEYMANN: *L'origine de l'Office des Changes, son fonctionnement et sa réglementation,* en *Gazette du Palais* (1950), p. 4 ss.; IZE: *Office des Changes.* París, 1954; MESTRE: *Office des Changes.* París, 1954.

(20) PLAISANT: *La codification de la réglementation des changes,* en *Chronique Dalloz* (1947), p. 173.

la Oficina de Cambios, sus deliberaciones para la concesión de una autorización, resultan una cuestión de pura oportunidad, en cuanto es un órgano representativo del Estado con sus facultades de apreciación soberana y discrecional.

La discrecionalidad de la Oficina de Cambios francesa también la pone de relieve JEANTET (21), cuando se refiere a ella como la piedra angular del control; el sistema de autorizaciones previas se realiza a través de un procedimiento escrito por formularios y documentos justificativos, lo que permite a la Administración el ejercicio de su poder discrecional y aplicar a los particulares un control de oportunidad.

El poder reglamentario que tiene el Office des Changes es admitido y confirmado por el Consejo de Estado (22), si bien alguna posición doctrinal negativa (23) se haya manifestado respecto a la fuerza obligatoria de las circulares dirigidas a los Bancos, en cuanto organismos intermediarios colaboradores, para quienes las directrices dadas carecerían de aquella fuerza obligatoria. Como aclara VIGNES (24), por regla general, estas últimas disposiciones con la categoría de instrucciones o notas son textos aclarativos o reglamentarios dirigidos a los establecimientos que colaboran de una manera semi-oficial a un servicio público, como es el control de cambios; por eso, tales disposiciones contienen reglas de régimen interior de cómo se debe organizar las relaciones entre los servicios ministeriales, o delegados con los Bancos agregados (peticiones de licencias por particulares, estados de cuentas, estadísticas, etc.), sin que interesen al público en general. Las normas reglamentarias de la Oficina de cambios francesa se elaboran por sus servicios y se someten a la aprobación del Ministerio de Finanzas (Dirección General de Finanzas Exteriores) y son objeto de publicación en un período oficial.

La oponibilidad de los particulares a estos textos reglamentarios no ha sido objeto de ejercicio ante los tribunales (25), sin embargo, sí lo han sido respecto a las decisiones tomadas que afectaban a algún derecho particular. Veamos como se encuadra el régimen de reclamaciones.

(21) JEANTET: *Le contrôle des avoirs étrangers en France*, en *Chronique Dalloz* (1949), p. 49.

(22) A propósito de los "Affaires Commentry, Fourchambault et Decazeville", 28 febrero 1951; "Ricalens", 28 marzo 1952; "Mackein", 28 marzo 1952, cfr. en Dalloz (1952), p. 454, con nota de QUERMONNE. El Consejo de Estado califica las circulares de la Oficina de Cambios como "disposiciones reglamentarias" y controlables a través de la interposición de un recurso por exceso de poder.

(23) En contra del carácter reglamentario de las circulares, v. PLAISANT, *op. cit.*, p. 175.

(24) VIGNES: *Organisation administrative du contrôle des changes*, en *Le contrôle des changes: Ses répercussions sur les institutions juridiques*, dirigido por HAMEL, BERTRAND, ROBLOT, *cit.*, p. 18.

(25) OFFICE FRANÇAIS DES CHANGES: *France. Information général*, en "Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques", de HAMEL, BERTRAND, ROBLOT, *cit.*, p. 193.

3. *Los recursos de los particulares ante el régimen de control de cambios.*

Francia, que tiene un procedimiento contencioso administrativo especialmente desarrollado, su régimen de control de cambios tampoco creó un recurso específico, sino que los particulares acuden al régimen común de recursos (26), donde concretamente el recurso por exceso de poder tiende a la anulación de aquellos actos administrativos ilegales, pudiéndose obtener una reparación. Ahora bien, la doctrina francesa pone de relieve algo muy significativo: que el Juez no puede censurar la apreciación de oportunidad ejercida por la Administración.

La "Oficina de Cambios" francesa en una publicación (27) ha sistematizado lo que constituye las vías y recursos que los particulares tienen para hacer sus reclamaciones, que son las siguientes:

1.^a Las vías y recursos de derecho común, es decir, los recursos ante el Consejo de Estado, están a disposición de los particulares contra los textos que organizan el control de cambios y las decisiones de la Administración.

2.^a Estos recursos pueden tender a la anulación de un texto o de una decisión para obtener una reparación pecuniaria del perjuicio pretendido causado por estos textos legales o por decisiones administrativas tomadas en virtud de estos textos.

3.^a Estos recursos pueden ser elevados contra la "Oficina de Cambios", o contra el Ministerio de Hacienda, según la cualidad de los textos o de las decisiones tomadas.

4.^a La responsabilidad de los Bancos, como intermediarios de la "Oficina de Cambios", puede ser reclamada ante la Administración a causa de operaciones irregulares; los particulares, en realidad, deberán dirigirse a la "Oficina de Cambios", ya que los Bancos siempre suelen cubrir sus decisiones por una disposición oficial de esta Oficina.

El Consejo de Estado francés ha tenido ocasión de decidir sobre una serie de demandas de los particulares contra ciertas decisiones de la Administración; no obstante, como hace ver la ponencia francesa de la "Oficina de Cambios" (28), la mitad de estos recursos se han resuelto mediante una transacción entre la propia Administración y los particulares.

(26) Cfr. VIGNES, *op. cit.*, p. 22 y 23.

(27) OFFICE FRANÇAIS DES CHANGES: *France. Information général*, *cit.*, p. 193.

(28) OFFICE FRANÇAIS DES CHANGES, *op. cit.*, p. 194.

4. *La evolución de la política seguida por los poderes públicos franceses respecto a las inversiones extranjeras.*

Como advierte SCHMILL (29), la cuestión de las inversiones extranjeras no va más lejos que en otros países, y en Francia los responsables gubernamentales jamás han tenido por objeto una política a largo plazo, considerándose tan sólo como uno de los aspectos particulares de las finanzas exteriores.

Desde la terminación de la segunda guerra mundial hasta la actualidad se pueden distinguir cuatro períodos en la política de inversiones: *a)* desde el fin de las hostilidades hasta el año 1950, caracterizado por un control muy severo para las relaciones económicas exteriores; *b)* desde 1950 a 1958, en que los poderes públicos practican una política más liberal en cuanto a la acogida de capitales extranjeros; *c)* desde 1958 hasta 1966, en que se ha querido promover una política de estimulación de las inversiones para que las empresas extranjeras inviertan sus capitales en Francia; *d)* desde 1966 hasta hoy, una nueva apertura liberalizadora.

a) En el período de 1945 a 1950, las autoridades monetarias se muestran particularmente severas e impiden las salidas de capitales franceses, reglamentando limitadamente la materia de inversiones extranjeras. Por la Circular de 15 de enero de 1945 se prohíben todas las transferencias de beneficios y cualquier operación sometida a un riguroso control de la "Oficina de Cambios" (30). No obstante, a partir de esta época se comienzan a dar medidas que atenúen este rigorismo y una primera Circular del año 1949 permite la repatriación de capitales a los países de origen cuando se haya tratado de inversiones en divisas fuertes realizadas en determinadas condiciones. Otra Circular de 2 de septiembre de 1949 crea el sistema llamado de "cuenta capital", que permite la posibilidad de repatriación indirecta para aquellas monedas que no tienen la consideración de fuertes. De este modo, los extranjeros meten en esta cuenta sus haberes en francos productos de la liquidación de capitales y efectos no transferibles que pueden ser negociados con otro no residente que desee invertir en Francia.

En el año 1945 se crea el "Comité de Inversiones Extranjeras", dependiente de la "Dirección de Relaciones Económicas Exteriores" del Ministerio de Hacienda, cuyo director es el presidente; son miembros de derecho ciertos antiguos funcionarios de la "Oficina de Cambios", del Ministerio de Asuntos Exteriores, del Ministerio de Hacienda, de la Comisaría del Plan y de la Banca de Francia; además, dos representantes de Ministerios técnicos, como el de Agricultura e

(29) SCHMILL: *Les investissements étrangers en France*. París, s. a. [1966], página 105.

(30) Cfr. JEANTET: *Le contrôle des avoirs étrangères en France*, en *Chronique Dalloz* (1949), pp. 49 y ss.

Industria, que se convocan en caso de tener que emitir circulares en materias competentes de su ministerio.

El "Comité de Inversiones Extranjeras" delibera sobre negocios que no sean superiores a 500.000 francos, sea por inversiones realizadas al extranjero, o bien por inversiones extranjeras hechas en Francia; en cambio, para las operaciones de mayor importancia se tratan directamente a nivel ministerial y el Comité no interviene. Como constata SCHMILL (31), la característica principal de la política francesa de inversiones está en el examen de los dossiers en función de criterios monetarios y financieros y sólo hasta época muy reciente no se percibe que el fenómeno es susceptible de constituir un problema económico (32).

En 1950 la lista de países con divisas fuertes comprende los principales proveedores mundiales de capital. El 26 de mayo de 1950, un Decreto libera de toda autorización las adquisiciones y ventas de valores mobiliarios cotizados en una plaza francesa (33).

La política francesa de este período atiende con especial cuidado a que no se desplacen capitales privados franceses al extranjero; sin embargo, en cuanto a las inversiones extranjeras, se advierte cómo la industria norteamericana comienza a hacer aportaciones importantes de capital, como el de la Fruenhauft-France, S. A., en 1946; la sociedad Coca-Cola, en 1948, y la California Chemical, S. A., francesa, en 1950 (34).

b) En el período de 1950 a 1958, las inversiones extranjeras en Francia empiezan a ser tratadas con un criterio liberal (35). A partir de 1950 se comienzan a sentir las primeras medidas, si bien aún se hagan necesarias autorizaciones para las inversiones directas y para los préstamos (36). Todavía el problema del equilibrio de los pagos exteriores, dice SCHMILL (37), es la preocupación fundamental del Ministerio de Hacienda, practicándose una política selectiva, de-

(31) SCHMILL, *op. cit.*, p. 108.

(32) SCHMILL, *op. cit.*, p. 115.

(33) Cfr. LERÉGUE: *La politique française de contrôle des changes en matière de valeurs mobilières*. Thèse. París, 1951.

(34) En Francia, la tradición de invertir capitales americanos puede advertirse en otras épocas, cfr. BONNEFON-CRAPONNE: *La pénétration économique et financière des capitaux américains en Europe*. Thèse. París, 1930. Sobre capitales americanos en la industria francesa; cfr. en *Entreprise*, enero (1950), abril (1961) y agosto (1962); ESTEVA: *Perspectives relatives aux investissements de capitaux américains dans les pays étrangers*, en *Statistiques Etudes Français*, marzo (1954).

(35) Cfr. LA CLAVIÈRE: *Le retour à l'économie libérale et le contrôle des changes*, en "Semaine Juridique" (1950), p. 1 y ss.; EMORINE: *L'action du contrôle des changes sur le commerce extérieur. Les récents assouplissements*. París, 1951.

(36) Cfr. DIETERLEN: *L'investissement*. París, 1957; MALISSEN: *Investissement et financement. Origine et emploi des fonds de grandes sociétés*. París, 1957; ALAMIGEON, MULOT, PLAGNOL: *Les investissements dans les entreprises*. París, 1958.

(37) SCHMILL, *op. cit.*, p. 109.

bido a las dificultades económicas de la postguerra y de la inestabilidad política (38). Los responsables gubernamentales acuden a la liberalización de las inversiones y a considerar las entradas de capitales extranjeros como un expediente cómodo. Durante todo este período se advierte la creación de numerosas empresas más que las transferencias de fondos para alimentar la expansión de filiales ya existentes (39). El liberalismo de estos años —concluye SCHMILL— en realidad aparece como un “dejar hacer”, en medio del cual la Administración sigue la política gubernamental.

c) El período de 1959 a 1966 se caracteriza por la práctica de una política de estimulación (40), aunque se vuelva a una tendencia de signo nacionalista implantada por la V República. De aquí que una de las primeras preocupaciones sea la de obtener un equilibrio en la balanza de pagos. Otra de las medidas principales que se adoptan es suprimir las barreras que impiden las entradas de capitales extranjeros, para lo cual, en el mismo año de 1959 se suprime el sistema de “cuentas de capital” y se establece, sin excepción, el régimen de repatriación para las inversiones directas (41); al final de 1959, el régimen de préstamos queda liberado totalmente para aquellos cuya cuantía no exceda del millón de francos (42). A principios de 1960, igualmente se liberan las adquisiciones y ventas de bienes inmobiliarios y de partes de sociedades inmobiliarias civiles constituidas con intervención notarial.

También por medio de circulares internas se dispone que los inversores extranjeros puedan beneficiarse del régimen de ayudas y de desgravación en las mismas condiciones que las empresas francesas.

La política oficial francesa desarrolla una acción de propaganda de frente a las inversiones norteamericanas a través del “Comité Franco-Dollar” (43) y ante la clientela inglesa (44) y alemana (45).

(38) Cir. LATTRE, A. DE: *Les finances extérieures de la France, 1945-1948*. París, 1959.

(39) Cfr. TALLEC, G. LE: *La concession, instrument juridique d'investissements privés étrangers*, en Revue de Science Financière, 51 (1959), p. 388 y ss.; TUROT: *Les apports financiers étrangers à des firmes françaises*, en Hommes et Techniques, febrero (1960).

(40) Cfr. CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE: *Comment attirer les investissements étrangers*. París, 1959.

(41) Cfr. CAUBOUE: *L'investissement en France*, en Bulletin de la Société d'Etudes et Documentation Economique Industriel et Sociales, 712 (1959), p. 1 y ss.; PRINGUEY: *Le régime des investissements étrangers en France*, en Banque (1959), pp. 258 y ss.; ANSELME-RABINOVITCH: *Les investissements internationaux privés*, en Banque (1959), pp. 416 y ss.

(42) Cfr. BOURILLON: *Les investissements étrangers en France*, en Banque (1960), pp. 566 y ss.

(43) COMITÉ FRANC-DOLLAR: *U. S. Business en France a guide for american investors*. París, 1959-1961: *Investment Law*, en Bulletin législatif Dalloz (1959), 42.2.222; JEUNE: *Politique américaine d'investissement à l'étranger*, en Banque, marzo (1961); FRANK: *La carte de commercant: an Example of Legal Restrictions on American Investment in France*, en Harvard International Club Journal (1963), p. 1-44; ISTEL: *Local financing facilities en France*. “Intern-

con el fin de incrementar el aflujo de divisas. Pero será con la firma del Tratado de Roma, que instaura el Mercado Común Europeo (46), el que facilitará la entrada de mercancías y capitales, como ocurre por la norma de 27 de junio de 1960, que liberará las inversiones directas entre los países miembros (47).

d) Con la Ley de 28 de diciembre de 1966, el régimen jurídico de las inversiones entra en una etapa liberal, si bien con ciertos controles, como se verá.

5. *El régimen francés de inversiones de capital extranjero durante el período 1959-1966.*

Para este período, dada la vigencia que hasta muy recientemente ha tenido el régimen de inversiones, los autores franceses tratan con cierta amplitud las modalidades que debieron cumplimentarse para realizar una inversión extranjera (48). LOUSSOUARN (49) ha puesto de manifiesto las dos clases de control que ejerció la Administración del Estado ante una inversión extranjera: el "control de legalidad" y el "control de oportunidad". Las inversiones bajo un simple "control de legalidad" han sido las que se consintieron libremente por el solo hecho de cumplir las condiciones de financiación a través de un intermediario (Banco, Notario, etc.), quien verificó los requisitos que

tional Financing and Investment". New York, 1964, p. 287-305; Uri: en *Revue économique franco-suisse*, I (1965), p. 1 ss.

(44) Cfr. FREDMANN y PUGH: *Legal aspects of foreign investment. France*. de LEPAILLE y JEANTET. London, 1959, p. 214-232.

(45) Cfr. RHEIN: *Möglichkeiten und Probleme staatlicher Investitionsplanung in der Marktwirtschaft, dargestellt am Beispiel Frankreichs. "Die Industrielle Entwicklung"*. Köln y Opladen, s. a.

(46) Cfr. DURET: *Marché Commun et investissements étrangers en France*, en *Cahiers Internationaux*, diciembre (1958) p. 5 y ss.; CHARMAY, G. de: *Les investissements étrangers en France et le Marché Commun*, en *Banque* (1959) p. 81 y ss.; "Le financement des entreprises et le Marché Commun". París, 1963.

(47) Cfr. REBOUD: *Influence des fiscalités sur le mouvement des capitaux dans le cadre du Marché Commun*, en *Revue de Statistique Français*, abril-junio (1960); TUROT: *Marché Commun et apports financiers étrangers*, en *Hommes et Techniques*, enero (1960) p. 12 ss.; CHARVET: *Investissements étrangers en France dans le cadre de la Communauté Economique Européenne*. Rapport du Conseil Económico y Social. París, 1966.

(48) Cfr. GUINOT: *Les investissements étrangers en France métropolitaine*, en *Observation Económique*, 13 (1960) p. 14 y ss.; VALLON: *Problèmes des investissements étrangers en France métropolitaine*, en *Journal Officiel. Avis et rapports du Conseil Económico y Social*, 1 (1960), p. 1-31; MANCEAU: *Les investissements étrangers en France*, en *Revue Politique des Idées et des Institutions*, 51-10 (1962) p. 269 ss.; CRÉDIT DU NORD: *Les investissements étrangers en France*. París, 1962; BERTIN: *L'investissement des firmes étrangères en France*. París, 1963; GERVAIS: *La France face aux investissements étrangers. Analyse par secteurs*. París, s. a.; TUROT: *Les investissements étrangers en France*, en *Revue des Deux-Mondes*, noviembre (1965); MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE: *Rapport sur les investissements étrangers dans l'industrie française*. París, 1965.

(49) LOUSSOUARN: *Le régime juridique des investissements étrangers en France*, cit., p. 204 y 206.

la Administración había dado en sus normas. Las inversiones sometidas a un "control de oportunidad" son las que estuvieron necesitadas de una autorización administrativa para que puedan ser realizadas en Francia.

a) El "control de legalidad" se ejercía hasta 1965 mediante dos modalidades de financiación: por cesión de divisas (cuando el inversor provenía de la zona de convertibilidad monetaria) y por cuentas extranjeras (cuando el inversor procedía de un país con régimen bilateral). La distinción de estas dos zonas fue suprimida en el mes de marzo de 1965, y actualmente el régimen de financiación es uniforme.

Las inversiones extranjeras que pudieron ser hechas sin una autorización que las preceda (50) fueron las siguientes:

- la adquisición en Bolsa de valores mobiliarios franceses admitidos a cotización oficial en todas las Bolsas (salvo los que figuran en una lista del Ministerio de Hacienda) situadas en Francia. La operación se encuentra integrada dentro del mecanismo del mercado oficial con todos sus beneficios y garantías intrínsecas;
- la suscripción de obligaciones o de bonos (después de su emisión), a corto o a largo plazo, emitidas por una entidad pública francesa, o privada, situada en Francia, cuando sus títulos representan el capital cotizado en Bolsa;
- la suscripción o ampliación de capital de sociedades francesas cuyos títulos se coticen en Bolsa;
- la adquisición al contado de inmuebles o derechos reales inmobiliarios situados en Francia, siempre que intervenga un Notario;
- la concesión de un préstamo, si responde a las siguientes condiciones: que tenga una duración máxima de dos años; que su cuantía máxima sea igual o inferior a un millón de francos; que la tasa de interés sea inferior al 4 por 100. La imposición debe realizarse a través de un Banco, así como el pago de intereses y reembolso.

b) El "control de oportunidad" se ejerció a través de la Administración estatal, al exigir una autorización para celebrar las operaciones de inversión siguientes:

- las aportaciones *in natura* o de equipo y de bienes incorporables;
- la adquisición de fondos de comercio;

(50) Cfr. GERVAIS: *La France face aux investissements étrangers. Analyse par secteurs*, cit., p. 45 ss.; CHARVET: *Investissements étrangers en France dans le cadre de la Communauté Economique Européenne*, cit., p. 44 ss.; LOUSOUARN: *Le régime juridique des investissements étrangers en France*, cit., p. 204 y ss.

- la adquisición de partes de entidades sociales (como en la sociedad de responsabilidad limitada);
- la suscripción de capital de sociedades francesas cuyos títulos no se coticen en Bolsa (especialmente las sociedades en vías de creación);
- la adquisición fuera de la Bolsa de valores mobiliarios franceses;
- la adquisición en Bolsa de valores mobiliarios a un precio diferente del de curso de la Bolsa.

Esta última modalidad de adquisición de valores mobiliarios, impuesta a partir del primero de septiembre de 1963, permitió al Ministerio de Hacienda informarse con anticipación de una posible adquisición del control de una sociedad francesa cuando resultaba una determinada ampliación de capital extranjero en una industria.

A pesar de la tendencia liberalizadora del régimen jurídico francés de inversiones, en esta época su sistema está dotado de controles directos o indirectos, en vista de ciertas finalidades concretas, tales como la de que los grupos financieros extranjeros no controlen de una manera masiva ciertos sectores claves de la economía francesa (51); el evitar operaciones fraudulentas, con inversiones más o menos ficticias (52), o depreciando las aportaciones de capital (53), y, sobre todo, poder verificar el movimiento de divisas y controlar la realidad de la inversión (54).

En cuanto a las autorizaciones de inversión fueron dadas por el Ministerio de Hacienda, o mediante delegación suya, por el Banco de Francia, según la importancia de la operación, por lo que se siguieron dos procedimientos: uno simplificado y otro normal (55).

a) En un procedimiento simplificado la autorización se concedió por el Banco de Francia (sin dictamen de la Administración) en aquellos casos en que la operación de inversión a realizar carecía de mayor importancia y no era susceptible de implicar un control extranjero en una sociedad francesa, concretamente en dos supuestos:

1.^o En las inversiones directas, si la participación extranjera

(51) Cfr. LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 200 y 202.

(52) Cfr. LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 206; GERVAIS, *op. cit.*, p. 49; SCHMILL, *Les investissements étrangers en France*, *cit.*, p. 39, quien hace ver cómo la nacionalidad real de las inversiones es muy difícil de conocer debido al continuo tránsito de capitales por diversos países. Actualmente se estima que al menos la mitad de los capitales suizos transferidos a Francia son de hecho capitales americanos. Este mismo proceso de desviación se constata a través de Bélgica. El fenómeno está ligado al deseo de ciertas sociedades de enmascarar sus intenciones o tiene móviles fiscales, que incitan a crear en ciertos países empresas ficticias, sirviéndoles de base para diversas operaciones de redistribución de capital.

(53) Cfr. SCHMILL, *op. cit.*, p. 114.

(54) Cfr. SCHMILL, *op. cit.*, p. 111.

(55) Cfr. GERVAIS, *op. cit.*, p. 45 y 46.

era inferior al 20 por 100 del capital de la sociedad francesa y si la cantidad de participación era inferior a 500.000 francos.

2.^º En los préstamos en general, o a sociedades inmobiliarias de una cantidad igual o inferior a un millón de francos, cuando el que pedía el empréstito no era una sociedad y el acreedor retenía al menos el 20 por 100 del capital.

b) En el procedimiento normal la autorización se concedía por el Ministerio de Hacienda y se debían cumplimentar los requisitos siguientes :

1.^º La presentación de un dossier ante el Ministerio de Hacienda. El inversor debía aportar una relación detallada que contuviese los diversos elementos de información relativos a la situación jurídica, económica y financiera de la empresa, a la naturaleza de las inversiones y a las operaciones técnicas proyectadas.

2.^º El Ministerio de Hacienda enviaba el dossier y requería dictamen consultivo al Ministerio técnico interesado, si la inversión era inferior a 500.000 francos. Si la operación era superior a 500.000 francos, debía de intervenir el "Comité de Inversiones Extranjeras". Este Comité fue presidido por el director de Finanzas Exteriores y se compuso de representantes del Banco de Francia, del Ministerio de Asuntos Exteriores, del Comisariado del Plan, de la Dirección de Relaciones Económicas Exteriores del Ministerio de Hacienda, de la Dirección de Precios y Encuestas Económicas del Ministerio de Hacienda y del Ministerio técnico interesado en aquella inversión concreta.

3.^º En vista del dictamen emitido, el Ministerio de Hacienda tomaba una decisión definitiva y la notificaba a los interesados, donde se precisaba el caso examinado y todas las condiciones que requería la autorización.

La doctrina francesa (56) pone de manifiesto cómo la Administración posee un poder discrecional para conceder o denegar la autorización solicitada, ejerciendo un auténtico control de oportunidad acerca de la inversión extranjera. Entre los elementos de apreciación que condicionan su actitud aparece bien clara la consideración del interés nacional. Por lo demás, tal apreciación de oportunidad ejercida por la Administración no puede ser censurada por los tribunales tanto en el ámbito nacional (57) como internacional (58).

En cuanto al régimen jurídico de la liquidación de las inversiones

(56) Cfr. LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 206. En general, v. VINCENT: *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*. París, 1966.

(57) Ello se debe a que casi todos los Estados han dado una base legal a las medidas de control de tipo administrativo. Cfr. CATHALA: *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*. París, 1966.

(58) Los recursos contra la actividad internacional del ejecutivo de los actos de gobierno no son aceptados, según la teoría francesa. Cfr. VIGNES: *Organisation administrative du contrôle des changes*, en *Le contrôle des changes*, de HAMEL, BERTRAND, ROBLOT, *op. cit.*, p. 12.

nes, hasta el año 1949, los capitales invertidos en Francia no podían salir y debían ser reinvertidos en valores mobiliarios franceses o permanecer en cuentas bloqueadas a este fin. Es a partir de la Orden 429 de la "Oficina de Cambios", de 2 de diciembre de 1949, cuando se hace algún progreso, al conceder la facultad de repatriar ciertos capitales en determinadas condiciones; tales condiciones se refieren a los siguientes extremos: *a)* que la repatriación se haga en las mismas divisas de origen; *b)* que la operación se contabilice en una cuenta especial; *c)* que haya una autorización de la Oficina de Cambios. Además, ha de concurrir una condición de reciprocidad respecto al régimen de cambios del país del ciudadano que pretende la repatriación de su capital (59).

A partir de 1959, por la Orden 619 de la Oficina de Cambios, se prepara un régimen más liberal, al reducirse los presupuestos condicionales de los movimientos de capital. Para las inversiones que se constituyeron regularmente, es decir, conforme a un control de legalidad y que no necesitaron autorización para introducirse, su transferencia y repatriación fue libre. Respecto a otros capitales para cuya inversión se necesitó una autorización fue preceptivo que se concediese una autorización nuevamente. Lo que ya no fue necesario es que la repatriación fuese en las divisas de origen y cupo la posibilidad de una reinversión en otros países.

LOUSSOUARN (60) advierte cómo en Francia se procuró edificar un régimen jurídico para las inversiones que concilie diversas necesidades que atiendan a la vez a la realidad de la inversión y a su transferencia al exterior. La introducción de capitales extranjeros obliga a la Administración a un control de la realidad de la inversión, así como a garantizar dichas inversiones.

El abandono de todo control sería, a juicio de la doctrina francesa (61), causa y origen de muchos males y daños; concretamente podría suceder que las empresas francesas resultasen sometidas por grupos económicos extranjeros, o que se pudieran introducir masivamente capitales en sectores claves a la economía nacional y que su retirada, también en masa, pudiera dar lugar a situaciones muy críticas con profundos disturbios.

Por otra parte, se es consciente de que el inversor extranjero tiene derecho a aspirar a la conclusión de su actividad comercial o industrial en Francia (62), a liquidar sus haberes y transferir su capi-

(59) Cfr. MORET: *L'échange international*. París, 1957.

(60) LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 209.

(61) Cfr. LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 202, donde se examina el porcentaje de participación extranjera en la industria francesa. A juicio de SCHMILLI, *op. cit.*, p. 114 y 120, la falta de control conduciría a una infravaloración de las aportaciones de capital por parte de los inversores extranjeros.

(62) Un extranjero, no residente en Francia, necesita una autorización para ejercer el comercio en territorio francés. A los extranjeros residentes también se les prohíbe el acceso a ciertas profesiones y se les exige un *carnet de identidad de comerciante extranjero*. Cfr. CHESNE: *L'établissement des étran-*

tal a su nación de origen o a un tercer país; privar de tal derecho al inversor extranjero no sólo lo pondría en una situación de inseguridad, sino que lo desanimaría a realizar inversiones (63).

En Francia, el beneficio de crédito sólo es concedido a los extranjeros residentes (Ley de 12 de julio de 1965), si bien las autoridades —como advierte GERVAIS (64)— en estos créditos de inversión procuran que no se destinen a los autofinanciamientos mediante la aportación de “dinero desgastado”, es decir, el procedente de producto de beneficios interiores.

La necesidad de capitales extranjeros para la economía francesa, a causa de una insuficiencia del ahorro privado es puesta de relieve por los autores (65), quienes demuestran la incapacidad del mercado interior para una autofinanciación. La guerra y la postguerra obligaron a una posición dirigista en la política económica francesa (1939-1949), de la que se salió muy lentamente hasta liberalizar gradualmente los movimientos de capitales y de las inversiones extranjeras. Aparecieron medidas contradictorias que alternaron la imposición de un régimen severo y la concesión de ciertas libertades. CHARVET (66) pone en evidencia como se sigue el examen del “caso por caso”, en cuanto regla general para la concesión de autorizaciones, e, incluso, que el control oficial de estos últimos años haya resultado más riguroso, si se tiene en cuenta el aumento de autorizaciones denegadas. Además, hace ver cómo la duración de los expedientes para inversiones importantes son lentos, por lo que ciertos inversionistas hasta llegaron a abandonar sus proyectos. A juicio de LOUSSOUARN (67), el carácter híbrido del sistema se manifestó respecto de las inversiones extranjeras en que carecieron de un régimen uniforme, puesto que unas se sometieron a autorización y otras no. El reproche de los inversores extranjeros es que a este régimen todavía le faltó cierta previsibilidad y seguridad, debido a que el sistema de autorizaciones individuales carece de criterios precisos (68).

La progresiva liberalización del régimen de inversiones extranjeras, a partir de 1958, ha tenido un efecto favorable sobre la balanza de pagos francesa lo que, según SCHMILL (69), ha permitido una acumulación de reservas oro y divisas y la reciente consolidación del

gers en France et la Communauté Economique Européenne. París, 1962; FRANK: *La carte de commerçant: an Exemple of Legal Restrictions en American Investment in France*, en Harvard International Law Club Journal (1963), p. 1-44.

(63) Cfr. CHARPENTIER: *De la non-discrimination dans les investissements*, en Annuaire français de droit international (1963), p. 35 y ss.

(64) GERVAIS: *La France face aux investissements étrangers. Analyse par secteurs*, cit., p. 45.

(65) Cfr. LOUSSOUARN, op. cit., p. 201; SCHMILL, op. cit., p. 88.

(66) CHARVET, op. cit., p. 47.

(67) LOUSSOUARN, op. cit., p. 204.

(68) LOUSSOUARN, op. cit., p. 210.

(69) SCHMILL, op. cit., p. 87.

franco. La política más progresiva sobre inversiones extranjeras desen-
vuelta en el período 1959 a 1965 no puede implicar, según este autor,
riesgos y desequilibrios posteriores por el movimiento de repatriación
de beneficios, como algunos temen: la insuficiencia extractural del
ahorro francés disponible para las inversiones privadas constituye
el freno más poderoso a las repatriaciones. Las ventajas financieras
y monetarias recabadas de la importación de capitales extranjeros, con-
cluye SCHMILL (70), resultan ciertas e importantes, sin presentar se-
rios inconvenientes. Francia, como los demás países, no ha desen-
vuelto desde su esfera gubernamental una política a largo plazo en
materia de inversiones extranjeras, dado que hasta ahora se vino con-
siderando como un único aspecto de las finanzas exteriores del país;
la balanza de pagos es el instrumento fundamental que sirve de re-
ferencia para conceder o denegar autorizaciones solicitadas por las
empresas extranjeras, criterio —dice SCHMILL (71)— impreciso, pues-
to que el equilibrio de los pagos en realidad no es más que una con-
secuencia de un crecimiento equilibrado y no un medio de desarrollo
del equilibrio económico.

6. La nueva legislación sobre las relaciones financieras con el extranjero.

Francia, al final del año 1966, inicia una nueva etapa de liberaliza-
ción en el régimen de sus relaciones financieras en el interior y el ex-
terior (72). La Ley núm. 66-1008, de 28 de diciembre de 1966, que
viene a regular dichas relaciones financieras con el extranjero, co-
mienza por proclamar que son libres (art. 1). A esta norma funda-
mental se unen otras disposiciones que reglamentan y especifican sus
modalidades de aplicación, como el Decreto núm. 67-78, de 27 de
enero de 1967 y el Arrete de 27 de enero de 1967; además el Arrete
de 30 de enero de 1967 y la Circular del 31 de enero de 1967, se diri-
gen a los importadores y exportadores sobre el procedimiento que
han de seguir en sus operaciones.

La Ley de 28 de diciembre de 1966 viene a derogar el régimen
jurídico de inversiones anterior (art. 2), compuesto por los siguientes
textos legales:

- El artículo 1 de la Ley de 31 de mayo de 1916, que restringía
las emisiones de valores mobiliarios durante las hostilidades.
- El párrafo 3 del artículo 3 del Decreto-Ley del 8 de agosto de
1935 sobre la diligenciación.
- El Decreto de 9 de septiembre de 1939 que prohibía en tiem-

(70) SCHMILL, *op. cit.*, p. 105.

(71) SCHMILL, *op. cit.*, p. 132.

(72) Cfr. "Relations financières avec l'étranger", en *Journal Officiel de la République Française*, 67-15 (1967) 1-38.

- pos de guerra la exportación de capitales, operaciones de cambio y comercio del oro.
- El Decreto del 9 de septiembre de 1939, relativo a los haberes o patrimonios en el extranjero.
 - La Orden del 5 de octubre de 1943, referente a la declaración y bloqueo de haberes o tenencias en oro, o en divisas, en el extranjero.
 - La Orden del 7 de octubre de 1944, relativa al depósito de divisas extranjeras y de valores mobiliarios extranjeros conservados en territorio francés.
 - La Orden núm. 45-85, del 15 de enero de 1945, relativa al régimen de los haberes en Francia.
 - La Orden núm. 45-86, del 16 de enero de 1945, relativa a las declaraciones de los haberes en el extranjero.
 - La Orden núm. 45-87, del 17 de enero de 1945, relativa a las declaraciones del oro, de las divisas extranjeras y de los valores mobiliarios extranjeros conservados en Francia.
 - La Orden núm. 45-1088, del 30 de mayo de 1945, relativa a represión de las infracciones a la reglamentación de cambios.
 - La Orden núm. 45-1554, del 16 de julio de 1945, relativa al depósito de divisas y de valores mobiliarios extranjeros conservados en los territorios de competencia del Ministerio de Colonias.
 - La Orden núm. 45-2671, del 2 de noviembre de 1945, relativa a los haberes conservados por los franceses en las cajas o depósitos cerrados en el extranjero.
 - Los títulos III y IV de la Ley núm. 45-0140, del 26 de diciembre de 1945, relativa a ciertas consecuencias por modificación de las tasas de cambio en la zona del franco.
 - Los artículos 1, 4, 5, 6 y 7 de la Ley núm. 48-178, del 2 de febrero de 1948, que modificaba ciertas disposiciones de la reglamentación de cambios y, correlativamente, ciertas disposiciones fiscales.

En cambio, la presente Ley no aporta ninguna modificación al régimen de importación y exportación de mercancías (73), ni a la reglamentación en materia de seguros, reaseguros y capitalización (artículo 4).

El régimen de libertad casi absoluta que se proclama resulta moderado con una previsión de futuro (art. 3), en vista de "asegurar la defensa de los intereses nacionales", concediéndose el Gobierno facultades (74) para imponer por decreto, a través del Ministro de

(73) Se lleva a cabo por el Arrete del 30 de enero de 1967 y el Avis del 31 de enero de 1967.

(74) Como advierte PINTO: *Le régime juridique des investissements étrangers en France*, en Clunet, 94-2 (1967) p. 262, esta habilitación es muy amplia.

Economía y Finanzas, el sometimiento a una "declaración", "autorización previa" o "control", las operaciones siguientes:

- a) Las operaciones de cambio, los movimientos de capitales y las reglamentaciones de toda naturaleza entre Francia y el extranjero.
- b) La constitución, el cambio y la liquidación de los haberes franceses en el extranjero.
- c) La constitución y la liquidación de las inversiones extranjeras en Francia.
- d) La importación y exportación del oro, así como las demás transferencias materiales de valores entre Francia y el extranjero.

El Gobierno también puede ordenar la repatriación de los créditos en el extranjero nacidos de la exportación de mercancías, las remuneraciones de servicios y, de una manera general, todas las tenencias e intereses en el extranjero. Igualmente habilitar a intermedianos para realizar las citadas operaciones.

7. El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Francia y de los franceses en el extranjero.

Las modalidades de aplicación de la Ley del año 1966 son prescritas por el Decreto de 27 de enero de 1967, cuya importancia es evidente en cuanto comienza por concretar las definiciones de lo que sean las "inversiones directas" (art. 2). No obstante, como advierte PINTO (75), el nuevo régimen es complejo y su interpretación es difícil debido a la vaguedad de sus criterios y conceptos empleados por los textos dados para su aplicación.

Según este artículo, ha de entenderse por "inversiones directas":

- a) la adquisición, la creación o la ampliación de fondos de comercio, de sucursales o de toda empresa de carácter personal;
- b) todas las demás operaciones que sean únicas o plurales, concurrentes o sucesivas, que tengan por efecto permitir a una o varias personas ejercer o aumentar el control de una sociedad que practica una actividad industrial, agrícola o mercantil, financiera o inmobiliaria, cualquiera que sea la forma de asegurar la ampliación de tal sociedad ya controlada (76).

En cambio, no se consideran como inversiones directas las participaciones que no excedan de un 20 por 100 del capital de una sociedad, cuando los títulos se coticen en bolsa.

Mientras que para las inversiones directas, tanto de los franceses.

(75) PINTO: *op. cit.*, p. 237.

(76) Sobre el concepto de control y sus modalidades en los diversos tipos de sociedades, cfr. PINTO, *op. cit.*, p. 241 ss.

al extranjero como de los extranjeros en Francia, ahora tan sólo se exige una "declaración" al ministro de Economía y Finanzas; en cambio, para las inversiones de cartera y para los empréstitos realizados en el extranjero se mantiene la necesidad de una "autorización" previa del Ministerio de Economía y Finanzas.

Las inversiones directas realizadas por los franceses en el extranjero (art. 3) deben someterse a una "declaración" en los siguientes casos:

1.^º La constitución de inversiones directas por personas físicas o morales, públicas o privadas que tengan su residencia habitual o su sede en Francia. Se aplican estas normas cuando la inversión se realiza: *a)* por cesión de una participación en el capital de una sociedad extranjera; *b)* por sometimiento de sociedades extranjeras al control de personas en Francia, directa o indirectamente, o de establecimientos en el extranjero de sociedades en Francia. Durante los dos meses que siguen a la recepción de las declaraciones, el ministro de Economía y Finanzas puede pedir el aplazamiento de las operaciones previstas, o renunciar al derecho de aplazamiento antes del período de dos meses.

2.^º La liquidación total o parcial de las inversiones directas en el extranjero de personas físicas o morales, públicas o privadas que tienen su residencia habitual o su sede en Francia, salvo que se trate de una cesión de participación.

Estas disposiciones se aplican igualmente cuando la liquidación de las inversiones se realiza a través de sociedades extranjeras bajo el control de personas en Francia, directa o indirectamente, o por establecimientos en el extranjero de sociedades en Francia.

En cuanto a las inversiones directas realizadas por los extranjeros en Francia (art. 4), también quedan sujetas a una declaración ante el ministro de Economía y Finanzas cuando se trate de:

1.^º La constitución en Francia de inversiones directas por personas físicas o morales, públicas o privadas que tienen su residencia habitual o su sede en el extranjero, o por sociedades en Francia bajo control extranjero directo o indirecto, o por establecimientos en Francia de sociedades extranjeras (77). Estas disposiciones se aplican cuando la constitución de la inversión se realiza por vía de cesión de una participación en el capital de una sociedad en Francia efectuada entre personas físicas o morales, públicas o privadas que tienen su residencia habitual o su sede en el extranjero. Durante los dos meses que siguen a la recepción de las declaraciones, el ministro de Economía y Finanzas puede ordenar el aplazamiento de las operaciones previstas, pero puede renunciar al derecho de aplazamiento antes de la expiración del período de dos meses.

(77) El texto alcanza a todas las formas de sociedades civiles (arts. 1.832 y ss. del C. c.) y mercantiles (Ley 24 julio 1966), cfr. MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES, DIRECTION DU TRÉSOR: *Notice relative aux conditions de déclarations préalables d'investissements directs en France*. París, 1967.

2.^º La liquidación total o parcial de inversiones directas en Francia por personas físicas o morales, públicas o privadas que tienen su residencia habitual o su sede en el extranjero, o por sociedades en Francia bajo control extranjero, directo o indirecto, o por establecimientos en Francia de sociedades extranjeras, salvo cuando se trate de una cesión de participación.

En cuanto a las inversiones de cartera, la emisión, exposición, introducción y puesta en venta de valores extranjeros de cualquier naturaleza en el mercado francés, la nueva normación (art. 5) las somete a una "autorización" previa del ministro de Economía y Finanzas, cuando se trate de títulos de colectividades públicas y de sociedades francesas regidas por el artículo 82 de la Ley de 23 de diciembre de 1946; igualmente cuando se refiera a títulos de sociedades extranjeras o de instituciones internacionales.

Resultan dispensadas de una autorización las operaciones siguientes:

1.^a Los empréstitos beneficiados con la garantía del Estado francés.

2.^a Las acciones asimilables o de naturaleza sustituible como resultado de una división, de un reagrupamiento o de una elevación o reducción del nominal, cuando se trata de títulos que ya están inscritos en una cotización oficial en una bolsa de valores en Francia, o bien cuando la emisión, la presentación, la puesta en venta o la introducción sobre el mercado en Francia ha estado autorizada precedentemente. Igualmente se dispensa de autorización la introducción sobre el mercado de valores mobiliarios extranjeros cuya emisión, presentación o puesta en venta en Francia ha sido autorizada precedentemente.

Los empréstitos en el extranjero también quedan sometidos a una "autorización" previa del ministro de Economía y Finanzas (art. 6), tanto los contratados por personas físicas o morales, públicas o privadas, que tienen su residencia habitual o su sede en Francia, como los realizados por personas morales en Francia que tienen su sede en el extranjero, o de instituciones internacionales, como de personas físicas o morales, públicas o privadas que tienen su residencia habitual o su sede en el extranjero, así como los establecimientos en el extranjero de personas morales que tienen su sede en Francia.

Quedan dispensados de autorización:

1.^º Los empréstitos que constituyan una inversión directa.

2.^º Los empréstitos directamente ligados a la ejecución en el extranjero de prestaciones de servicio por las personas anteriormente citadas, o el financiamiento de transacciones mercantiles entre Francia y el extranjero, o entre países extranjeros, cuando participan dichas personas.

3.^º Los empréstitos contratados por los bancos inscritos y los establecimientos de crédito de estatuto legal especial.

4.^º Los empréstitos contratados por personas físicas o morales,

cuando la suma total no reembolsada por estos empréstitos no exceda de dos millones de francos o el contravalor de esta suma en moneda extranjera.

Respecto a las relaciones entre los Estados, si el instituto de emisión está ligado al Tesoro francés por un tratado con referencia a una cuenta de operaciones (art. 7), no se aplican las disposiciones de los artículos 3, 4 y 6. No obstante, quedan sometidas a las disposiciones del artículo 4 las operaciones que impliquen inversiones directas en Francia, tanto las efectuadas por sociedades establecidas en uno de los países citados bajo control directo o indirecto de personas residentes o establecidas en un país extranjero, como las de uno de aquellos países, sea por los establecimientos situados en uno de los países citados de sociedades establecidas en un país extranjero, así como en uno de dichos países.

Por último, las importaciones y exportaciones de oro que provengan o se destinen al extranjero resultan libres, con la única condición de remitir a la oficina de aduanas de entrada o de salida una previa "declaración" de importación o exportación visada por el Banco de Francia (art. 8).

Entre las disposiciones generales de esta Ley de 27 de enero de 1967, se impone a las personas físicas o morales, públicas y privadas, que tengan su residencia habitual o su sede en Francia, y a los establecimientos en Francia de personas morales que tengan su sede en el extranjero, el deber de dar cuenta a los servicios estadísticos de las operaciones concernientes a las relaciones financieras que han efectuado en el extranjero (art. 9).

Como advierte PINTO (78), se trata de una obligación muy general de notificación, mientras que el Decreto ministerial de aplicación (artículo 11) es mucho más preciso al disponer que el Ministro de Economía y Finanzas "puede pedir a las personas en Francia todos los datos concernientes a la situación de las inversiones directas constituidas en Francia por personas en el extranjero...".

8. Los procedimientos a seguir para las inversiones extranjeras.

Con el fin de determinar las modalidades de aplicación de las disposiciones dadas por la Ley del 27 de enero de 1967, un Acuerdo de la misma fecha especifica los procedimientos a seguir (79).

Para las inversiones directas realizadas por los franceses en el extranjero, al intentarse su constitución, se debe, a elección de los interesados, o dirigir una carta o cubrir unos impresos especiales que pone a disposición de los interesados la Dirección del Tesoro en el Minis-

(78) PINTO, *op. cit.*, p. 263.

(79) Arrete del 27 de enero de 1967, en *Journal Officiel* del 29 enero 1967.

terio de Economía y Finanzas (art. 1 del Acuerdo de 27 de enero de 1967).

A los veinte días de su realización, cada operación debe ser objeto de una "rendición de cuentas" a la Dirección del Tesoro, dirigida al ministro de Economía y Finanzas mediante un impreso especial que esta Dirección pone a disposición de los interesados (art. 1, núm. 2). En caso de que la constitución de la inversión se realice por la modalidad de aumento de capital mediante la reinversión de beneficios no distribuidos, se le dispensa de la declaración prevista en el artículo 3, número 1, de este Acuerdo y dará lugar simplemente a una "rendición de cuentas" (art. 1, núm. 3).

Para la liquidación de las inversiones directas realizadas en el extranjero, las "declaraciones" deben ser dirigidas al Ministerio de Economía y Finanzas (Dirección del Tesoro) durante los veinte días que siguen a la realización de la operación; tales "declaraciones" deben ser realizadas en los formularios especiales que la Dirección pone a disposición de los interesados (art. 2).

En cuanto a las inversiones directas realizadas en Francia por los extranjeros se prescriben las mismas formalidades que para las inversiones directas realizadas por los franceses al exterior. Las "declaraciones" que se refieran a la constitución de inversiones deben ser dirigidas al Ministerio de Economía y Finanzas (Dirección del Tesoro) y, a elección de los interesados, se comunicarán por carta o utilizando los formularios especiales que la Dirección pone a su disposición (art. 3, núm. 1).

Cada operación debe ser objeto de una "rendición de cuentas" dentro de los veinte días que siguen a su realización dirigida al Ministerio de Economía y Finanzas (Dirección del Tesoro) utilizando el formulario especial que la Dirección del Tesoro tiene a disposición de los interesados (art. 3, núm. 2).

Cuando la constitución de la inversión se realice por un aumento de capital mediante la reinversión de los beneficios no distribuidos, se le dispensa de la declaración y basta que se haga una "rendición de cuentas" (art. 3, núm. 3).

Para la liquidación de las inversiones directas realizadas en Francia, las declaraciones deben ser dirigidas al Ministerio de Economía y Finanzas (Dirección del Tesoro) dentro de los veinte días que siguen a la realización de la operación, acomodándose a los formularios especiales que la Dirección pone a disposición de los interesados (art. 4).

Las inversiones de cartera quedan sometidas a una "autorización", que se pedirá al Ministerio de Economía y Finanzas (Dirección del Tesoro) (art. 5), y el Comité de bolsas y valores se encargará de regular mediante una circular las peticiones de autorización (art. 6).

En cuanto a la emisión de empréstitos en el extranjero, los que

requieran "autorización", deberá pedirse al Ministerio de Economía y Finanzas (Dirección del Tesoro) (art. 7); los empréstitos que no necesiten "autorización", una vez que se constituyan o reembolsen, se dará una "rendición de cuentas" al Ministerio de Economía y Finanzas (Dirección del Tesoro) durante los veinte días que siguen a la realización de cada operación. Esta rendición de cuentas se hará en los formularios especiales que la Dirección pone a disposición de los interesados (art. 8).

Las importaciones y exportaciones de oro quedan sometidas a "declaraciones" previas ante el Banco de Francia, que deberán hacerse en los formularios que el Banco pone a disposición de los interesados (art. 9); las declaraciones previas de importación y exportación tienen un plazo de validez de quince días a contar del día siguiente a la fecha de su visado por el Banco (art. 10).

9. *Los órganos competentes para las relaciones financieras con el extranjero, sus medios de control y las sanciones.*

A pesar de la plena liberalización del régimen de las relaciones financieras con el extranjero, el Gobierno francés no podía renunciar a un sistema de control para "asegurar la defensa de los intereses nacionales", tal como se expresa en el artículo 3 de la Ley número 66-1008, de 28 de diciembre de 1966.

Para llevar a cabo esta vigilancia y defensa, el régimen jurídico implantado recurre a una técnica más perfecta; trata de reducir los controles de oportunidad al mínimo, es decir, aquellos que dependen del arbitrio de la Administración, mientras que establece un amplio sistema de controles de legalidad, o sea, la necesidad de cumplir una serie de requisitos mediante un simple formalismo.

No obstante, el Gobierno se reserva plenos poderes, pudiendo controlar por decreto todas las operaciones de cambio y movimientos de capitales entre Francia y el extranjero (art. 3 de la Ley núm. 66-1008, de 26 de diciembre de 1966), al mismo tiempo que el Ministerio de Economía y Finanzas puede pedir a las personas que estén en Francia todos los datos concernientes a la situación de las inversiones directas realizadas en Francia por extranjeros (sean o no residentes) (art. 11, núm. 5, del Arrete de 27 enero 1967).

Resulta, pues, que los órganos competentes para ejercer el control de las relaciones financieras son: el Gobierno, el Ministerio de Economía y Finanzas y un Comité encargado de examinar los problemas de carácter general relativos al estado de la balanza de pagos.

Dicho Comité tiene como presidente al director del Tesoro y sus miembros están compuestos por el director general de Aduanas y Derechos Indirectos, o su representante; el director general del Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos, o su representante; el director general de la Caja Central de Cooperación Económica,

o su representante; el director de Previsión, o su representante, y el gobernador del Banco de Francia, o su representante. Para los territorios y departamentos de ultramar se mantienen las Oficinas de Cambio.

En cuanto a las modalidades o requisitos que el nuevo régimen jurídico instrumenta como medios de control son: las "declaraciones", las "autorizaciones" previas y las "rendiciones de cuentas".

Mientras que las "autorizaciones" previas quedan reducidas al mínimo de casos, según se ha visto, constituyen la generalidad de una actuación el hacer unas simples "declaraciones" o una "rendición de cuentas", a las cuales se les atribuye una mera finalidad estadística por el propio ordenamiento (art. 9 del Decreto núm. 67-78, de 27 enero 1967), aunque realmente sean un medio indirecto de control en función de la defensa de los intereses nacionales a que se refirió la Ley del 28 de diciembre de 1966 (art. 3). De este modo, el régimen de inversiones extranjeras en Francia se caracteriza por un sistema de libertad vigilada.

Efectivamente, las "declaraciones" han de ser hechas por tres conductos: mediante una "carta" dirigida a la Dirección del Tesoro, rellenando unos "formularios especiales" o mediante la "rendición de cuentas", empleando otro formulario que la Dirección del Tesoro pone a disposición de los interesados.

Mientras que el empleo de una "carta" tan sólo se concede para el caso de constitución de inversiones (por los extranjeros en Francia o por los franceses en el extranjero), la necesidad de llenar preceptivamente los "formularios" especiales se requiere para la liquidación de las inversiones, así como para las demás operaciones financieras.

La "rendición de cuentas" supone una aclaración de datos necesaria para cualquier operación financiera realizada por personas o entidades con funciones públicas (Bancos, establecimientos de crédito, agentes de cambio, administradores de correos y telecomunicaciones) o por industriales (importadores y exportadores) (80), que contraigan relaciones o negocios en moneda extranjera, en francos o en valores mobiliarios. La "rendición de cuentas" tiene por objeto indicar la naturaleza de las operaciones realizadas por la clientela, por los correspondentes o por los propios interesados, comunicando al Banco de Francia los datos requeridos en los impresos, si bien se den facultades a dicho Banco para que pueda pedir los datos complementarios necesarios en vista de la situación de la balanza de pagos.

Este sistema de libertad vigilada para las inversiones extranjeras en Francia resultaría inoperante si no viniese avalado por un régimen penal de sanciones para quienes violen el régimen de control y los deberes de información a que están vinculados. Las personas físicas

(80) El régimen de importaciones y exportaciones queda nuevamente regulado por el Arrete de 30 de enero de 1967, cfr. en *Journal Officiel*, del 31 de enero de 1967.

o morales que contravengan las obligaciones de declaración, de rendición de cuentas o de la autorización requerida, serán sancionadas con las penalidades de prisión (de uno a tres meses), de confiscación del cuerpo del delito (monedas, valores, etc.) y de multa, cuyo mínimo será igual a la mitad de la suma que da lugar a la infracción, o a su tentativa, y cuyo máximo puede alcanzar el doble de dicha suma (art. 5, I, de la Ley núm. 66-1008, de 28 diciembre 1966). Además, se prescribe que las disposiciones del título XII del Código de Aduanas son aplicables a las violaciones derivadas de lo dispuesto en el nuevo ordenamiento de inversiones, bajo la reserva de lo por éste dispuesto y los artículos 3 a 8 de la Orden número 45-1088, del 30 de mayo de 1945. (art. 5, II, de la Ley núm. 66-1008, de 28 diciembre 1966).

Dado que el ministro de Economía y Finanzas tiene un amplio poder discrecional, basado en vista de los intereses nacionales, su ejercicio puede dar lugar a la apertura de un contencioso administrativo limitado. La ilegalidad de la decisión del ministro tan sólo aparece en el caso de abuso de poder, error de la materialidad de los hechos, defecto de motivación legal, violación de los principios generales del derecho. Una tal situación, a juicio de PINTO (81), será excepcional y difícil de constatar, ya que se trata de un control puramente jurídico.

10. *Notas comparadas entre los regímenes de inversiones francés y español.*

A partir del año 1939, Francia instaura un régimen de control de cambios que, al igual del español, prohíbe y reglamenta la exportación de capitales, las operaciones de cambio y el comercio del oro, por lo que el movimiento de inversiones extranjeras resulta casi mínimo. Como han puesto de relieve los autores, el régimen jurídico francés del control de cambios de este período bélico obedece a los principios del nacionalismo económico, que acentuó las tendencias dirigistas de gobierno, tal como se reflejan en la Circular de 15 de enero de 1945, al oponerse con toda severidad a la salida de capitales extranjeros invertidos. Del mismo modo, la Ley española de 24 de noviembre de 1939, había dictado disposiciones semejantes para la ordenación y defensa de la industria nacional (82). Es una época en que la política de inversiones sólo se hace a base de "dossiers" en función de criterios monetarios y financieros, fundamentalmente para tratar de mantener el equilibrio y la defensa de la balanza de pagos (83).

(81) PINTO, *op. cit.*, p. 256.

(82) Cfr. VILLASANTE CEBRIÁN: *El control de divisas en España*. Madrid, 1943; SOLER GUARRACINO y CRESPO MIYAR: *El comercio exterior de España*. Madrid, 1943; POLO: *Leyes mercantiles y económicas. III. Derecho monetario y de divisas*. Madrid, 1956.

(83) Cfr. GERVAIS, *op. cit.*, p. 48; CHARVET, *op. cit.*, p. 44; LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 200; SCHMIDT, *op. cit.*, p. 105 ss.

El período que abarca los años 1950 a 1958 se caracteriza en Francia por la tendencia a instaurar criterios favorables respecto a las inversiones extranjeras, comenzándose a otorgar ciertas concesiones, si bien aún sean de un alcance limitado (84). Comparativamente, en España también se inicia una política económica de cierta apertura al establecerse normas que tratan de imprimir más flexibilidad al sistema, como son las que crean un mercado libre de divisas (Decreto 21 julio 1950, 26 octubre 1951, 5 febrero 1954 y 5 abril 1957) (85).

Una etapa de signo liberalizador y de atracción del capital extranjero comenzará en ambos países en los años 1958 y 1959. En Francia, normas como la Decisión de 28 de diciembre de 1958 y la Circular 669, de 21 de enero de 1959, disponen la convertibilidad del franco y permiten la liquidación de las inversiones extranjeras y su transferencia al exterior; a partir de estas disposiciones el régimen jurídico francés viene calificado de practicar un "liberalismo controlado" (86), si bien, como hace ver algún autor (87), la política financiera y monetaria de este período todavía su objetivo principal es mantener el equilibrio de la bananza de pagos.

En España, paralelamente, a partir del año 1959, también se practica una nueva política económica y el régimen jurídico de las inversiones extranjeras se hace más liberal, al objeto de atraer los capitales privados. El Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 y sus normas complementarias (Decreto 30 septiembre y 24 diciembre 1959) abren una primera fase de facilidades para realizar inversiones (88) que, si bien todavía contienen requisitos contradictorios y perturbadores (89), se ampliarán por disposiciones más liberales (Decreto 15 julio y Resolución 20 julio 1961, Orden 15 marzo y Decreto 17 mayo 1962, Decreto 18 abril 1963, Decreto 25 febrero y 8 diciembre 1965, y Decreto 10 febrero 1966) (90), de los cuales también puede decirse que mantendrán una tendencia liberal y controlada para el régimen español de inversiones extranjeras.

(84) Cfr. LA CLAVIÉRE, *op. cit.*, p. 2 ss.

(85) Cfr. SÁINZ ESTIVARIZ: *Estructura del comercio exterior español*, en Boletín de Estudios Económicos, XII-41 (1957), p. 87 ss.; DE LA PUENTE: *La ordenación del comercio exterior*, en Boletín de Estudios Económicos, XII-41 (1957), p. 103 ss.

(86) Cfr. LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 203.

(87) Cfr. SCHMILL, *op. cit.*, p. 110.

(88) Cfr. GARCÉS BRUSÉS: *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, en Ponencias Españolas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado. Instituto de Derecho Comparado. Barcelona, 1966, p. 294 y ss.

(89) Cfr. MURO DE LA VEGA: *Inversiones extranjeras en España*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1 (1960), p. 37 y ss.

(90) Cfr. PELAYO HORE: *Inversiones de capital extranjero en España*, en Revista de Derecho Mercantil, 52 (1966), p. 229 ss.; DE LA VILLA: *Las medidas fiscales destinadas a favorecer las inversiones*, en Ponencias Españolas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado. Instituto de Derecho Comparado. Barcelona, 1966, p. 527 y ss.; RODRÍGUEZ SASTRE: *Los regímenes jurídicos de las inversiones extranjeras y sus aspectos fiscales*. Centro de Estudios Tributarios y Económicos. Madrid, 1966-1967.

Los propósitos de la política económica española aparecen bien claros y expresados en el llamado "Plan de Desarrollo Económico y Social" (Ley del 28 de diciembre de 1963), en cuyo preámbulo legal se ha manifestado que "se asigna un papel primordial a la aportación de capital extranjero", por lo que "para ello se mantendrá el sistema de garantías y facilidades para las inversiones, para su repatriación y para la transferencia de rendimientos que constituyan ya el marco legal vigente, ampliéndolo, si procediera, a los sectores que todavía tengan algunas limitaciones".

Del mismo modo que en el régimen francés anterior, las disposiciones españolas mantienen un conjunto de supuestos para los que es necesario obtener una autorización. En Francia dependió de la discrecionalidad del Ministerio de Hacienda, cuyos trámites fueron en relación de la importancia de la inversión, o de su cuantía (cuando la participación era superior al 20 por 100 del capital de una sociedad o a 500.000 francos).

El régimen jurídico francés de inversiones extranjeras del período 1958-1966, a base de su técnica de controles (de "legalidad" y "oportunidad"), se diferencia del español en que el control de oportunidad, o discrecional, va cediendo en favor del control de legalidad o condicionado a cumplimentar tan sólo unos requisitos normativos, o a actuar a través de agentes intermediarios (Bancos, notarios, etc.). El resultado es que cada vez van siendo menos los actos y negocios financieros que requieren una intervención directa de la Administración central y su control es ejercido indirectamente. La diferencia con el régimen jurídico español de inversiones extranjeras está en que las cuestiones reservadas a la discrecionalidad administrativa resultan más numerosas: el control de oportunidad todavía no ha cedido ante una ampliación de los controles normativos. En definitiva, para este período se trata de una diferencia tan sólo cuantitativa, pero no esencial, ya que en ambos regímenes el inversor extranjero cuenta con las mismas garantías jurídicas y facilidades para repatriar su capital y sus rendimientos.

La diferencia entre el reciente régimen jurídico de inversiones franceses actual y el español se ha hecho más notoria, tanto por sus declaraciones de principio (al adoptar como regla general el principio de libertad), como por su técnica (al reducir al mínimo sus controles de oportunidad, sustituyéndolos por los de legalidad). No por ello los intereses nacionales quedan desprotegidos: ahora el Gobierno francés cuenta con la posibilidad de adoptar medidas de control mediante decreto, en caso de peligro a dichos intereses, bastándole inicialmente para un normal desarrollo el tener conocimiento de cómo se desenvuelven las operaciones financieras en el interior y el exterior. Si para ciertas operaciones clave se mantiene la necesidad de una autorización previa, en cambio generaliza un sistema efectivo de información que le puede permitir atajar las que considere nocivas; las "declaracio-

nes" y los "rendimientos de cuentas" de todas las operaciones que se llevan a cabo en el manejo de las monedas y títulos extranjeros, bien con finalidad estadística o de control, son suficientes para poder orientarse y saber en dónde radican los males que provocan las irregularidades en perjuicio de los propios intereses. Las inversiones de capital extranjero, actualmente, consideradas como un gran beneficio que viene a aumentar la prosperidad económica del país que la recibe, la adopción de un régimen jurídico liberal resulta su cauce más adecuado para fomentarlas; no obstante, se prescriben mecanismos informativos y de control (administrativos y penales) adaptados a la nueva mentalidad de apertura liberal, si bien idóneos a corregir los posibles abusos y contravenciones que por simulación o fraude se pretenden conseguir a través de inversiones ficticias. La realidad de la inversión siempre puede conocerse a través de las "declaraciones" o de los "rendimientos de cuentas" iniciales y contrastarse el resultado obtenido por ellas.

VIDA JURIDICA

Personaje simbólico y titularidad del derecho a la imagen.

Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 9 de junio de 1967 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Mur Linares).

I. ANTECEDENTES. Hace años, la comisión de Festejos del Ayuntamiento de Zaragoza restauró la figura del Pregonero de la Ciudad, que tan minuciosamente regulaban las viejas Ordenaciones de montes y huertas de Zaragoza, ahora con la misión de leer los pregones de fiestas en honor de la Virgen del Pilar. Dicho Pregonero va ataviado luciendo un traje de época, y suele llevar su cara desfigurada por algún aditamento no habitual en él, tal como mostachos, barba, etc.

La figura del Pregonero ha ido adquiriendo cierta popularidad durante las fiestas del Pilar. Por ello, el año 1963 y previo concurso público, el Ayuntamiento de Zaragoza adoptó como tema anunciador de las fiestas de aquel año un clisé propiedad de un conocido fotógrafo de aquella ciudad en el que aparece el Pregonero en el momento de leer el pregón, montado a caballo y ataviado con su típico atuendo. Este cartel anunciador de las Fiestas tuvo la amplia difusión habitual.

En el año 1964 y con ocasión de las mismas Fiestas del Pilar, el Banco Hispano Americano editó una guía de la Ciudad de Zaragoza en la que figura en la portada una imagen del Pregonero, sacada del propio clisé propiedad del Ayuntamiento, con autorización de la Alcaldía. Durante la Feria de Muestras del año 1964, que tuvo lugar los días entre el 2 y 20 de octubre, la referida entidad repartió allí los folletos, y fue entonces cuando don I. M. B., que ejerce el aludido cargo de Pregonero, tuvo conocimiento de su publicación.

En 1965 el aludido don I. M. B. efectuó una serie de declaraciones a la Prensa anunciando su intención de demandar al Banco por haber publicado sin su autorización su imagen, y el 29 de octubre de aquel año interpuso demanda de conciliación solicitando la indemnización de 300.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios por la difusión inconsentida de su imagen con fines publicitarios.

Celebrado el acto de conciliación sin avencencia por incomparecencia de la entidad demandada, el 21 de diciembre siguiente, fue presentada demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía en súplica de lo siguiente:

- a) Declaración de que el Banco ha consumado una violación del derecho a la imagen del actor.
- b) Que se condene a la entidad demandada a que publique en los periódicos de la ciudad de Zaragoza, y en distintas revistas y periódicos, una nota aclaratoria que ponga de manifiesto que la reproducción de la imagen del demandante se efectuó sin su consentimiento.
- c) Se condene al referido Banco a indemnizar al actor en la cuantía de

300.000 pesetas por los daños y perjuicios causados en virtud de la violación a que se refiere el anterior pedimento.

d) Se condene a la entidad demandada en costas.

Tramitada la demanda, la demandada se opuso a la misma y después de los trámites legales el Juzgado dictó Sentencia, apreciando la excepción de prescripción por haber transcurrido más de un año desde que el actor tuvo conocimiento de los hechos o, al menos, por no haber demostrado su desconocimiento desde que, más de un año antes, se difundió el folleto.

Recurrida la Sentencia por la parte demandante, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó otra en 9 de junio de 1967, siendo Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Ricardo Mur Linares, en la que estimando en parte el recurso de apelación, desestimó la excepción de prescripción, y, entrando a conocer en el fondo, absolvío al demandado.

II. FIJACIÓN DE HECHOS POR EL JUZGADOR. Al entrar en el fondo, tras rechazar la excepción de prescripción, la Sentencia hace un interesante estudio del derecho a la propia imagen, que inicia en su segundo Considerando, sentando los hechos que resultan acreditados en el juicio:

CONSIDERANDO: Que de las alegaciones de las partes y pruebas practicadas a su instancia resultan acreditados en el juicio los hechos siguientes :

*Primerº.—*Que en el Programa de Fiestas en honor de Nuestra Señora del Pilar correspondiente al año 1963 y editado por el Excelentísimo Ayuntamiento de ésta Ciudad aparece la efigie del Pregonero, personaje folklórico y tradicional, en actitud de leer aquel documento sobre un caballo que ostenta el escudo de la Ciudad de Zaragoza;

*Segundo.—*Que la figura del Pregonero, en traje medieval y caracterizado con arreglo a época, fue encarnada por la persona del demandante a través de una fotografía que refleja una imagen totalmente distinta de la persona física del actor, cuyos rasgos privativos no pueden identificarse contemplando la fotografía expresada;

*Tercero.—*Que la Entidad demandada solicitó y obtuvo del Ayuntamiento de Zaragoza la oportuna autorización para reproducir aquella popular figura aragonesa en un folleto propagandístico de la Ciudad, donde aparecen las torres catedralicias de La Seo, el escudo de la Capital y el plano de la ciudad, con señalización y emplazamiento de los servicios públicos, lugares de esparcimiento, residencias, producción y comercio;

*Cuarto.—*Que en la portada de dicho folleto aparece el nombre social de la entidad demandada, bajo la figura del Pregonero en el acto de leer el "Pregón de fiestas" y de las torres catedralicias, sin que aparezca relación ninguna entre la entidad demandada y la persona del actor, a los fines de publicidad, pues ni la popular figura anuncia el nombre mercantil de aquella entidad, ni aparece en la portada el edificio donde realiza sus funciones bancarias, ni se enu-

meran siquiera las sucursales donde aparece la figura del "Pregonero", sino en otro lugar totalmente desligado del mismo;

Quinto.—Que con entera independencia del folleto de autos se exhibió la figura del Pregonero, encarnada por el actor, en distintos comercios, de la más diversa índole, de Zaragoza, así como en la Feria Internacional de Muestras, anunciando las Fiestas del Pilar, sin que en las actuaciones se acremente contrato alguno publicitario con el actor, quien, sin embargo, no se opuso a la exhibición por él conocida;

Sexto.—Que la publicidad de la figura de autos por la entidad demandada tuvo lugar en la primera decena del mes de octubre de 1964; el acto conciliatorio, previo a éste juicio, se promueve el día 13 de noviembre de 1965; y la demanda se interpone al día 5 de enero de 1966, sin que en el curso de las actuaciones acremente el actor la realidad de los daños morales que se le hayan inferido, ni el módulo regulador de su importe que, en cuantía de 300.000 pesetas, se reclama en la demanda interpuesta.

III. FUENTES. A continuación se plantea la Audiencia el problema de las fuentes, esencial en tema que no está abordado directamente en los textos legales.

CONSIDERANDO: Que para resolver la Sala el problema exclusivamente de derecho que estas actuaciones plantean, ha de tener muy presente que el ordenamiento, jurídico, plasmado en normas legislativas, no es un todo lógico, cerrado o sin lagunas, porque las Leyes son juicios hipotéticos que comprenden un conjunto de *supuestos de hecho* (de los cuales se derivan *consecuencias jurídicas*), y esos supuestos no coinciden siempre con los hechos que pueden darse en la experiencia social, sometida a continuas transformaciones y descubrimientos que pugnan con el carácter *estático* de la norma legislativa, surgiendo entonces *lagunas en el derecho* que no impiden ni pueden impedir la *función judicial*, y por eso el legislador ha creído que debía hacer al juzgador colaborador de su función normativa, acudiendo a una especie de delegación integradora que ya vislumbraba la venerable Ley Orgánica del Poder judicial cuando en su artículo 3.^º dispone que "Los Jueces y Tribunales no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior (aplicación de las Leyes) y las que esta Ley y otras les señale expresamente", precepto que complementa el artículo 6.^º del Código civil cuando dispone que "El tribunal que rehuse fallar a pretexto de *silencio*, oscuridad o *insuficiencia* de las Leyes, incurirá en responsabilidad", y como el problema del derecho a la propia imagen, en cuanto a su existencia, naturaleza y bienes jurídicos que ampara no se halla regulado por la Ley aplicable al caso controvertido, ni por costumbre alegada en el pleito, es obvio que a tenor de lo preceptuado en el párrafo 2.^º del expresado precepto legal, en relación con las Sentencias de 21 de febrero de 1924, 7 de

febrero de 1935, 24 de marzo de 1947 y 5 de enero de 1956, hay que acudir para fallar el caso controvertido a la fuente subsidiaria de tercer grado, que son los principios generales del Derecho, por los que hay que entender no los principios de equidad, ni los del Derecho natural, ni los principios generales de la legislación estatal, sino que, como proclama la importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1956, "el juzgador debe aplicar el derecho que estime obligado en virtud del principio admitido en nuestro ordenamiento jurídico *jura novit curia*", sin más límite que el de no estar en desacuerdo o contraste con las normas legislativas o consuetudinarias o los imperativos de la conciencia social que, como derecho aplicable, establezca el juzgador en la sentencia.

IV. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. La parte actora había basado fundamentalmente su demanda en el concepto de figura y de imagen según la definición de la Real Academia, es decir, "figura, representación y apariencia de una cosa".

Este derecho lo encuadraba entre los derechos de la personalidad basados fundamentalmente en el respeto a la persona implantado por el cristianismo, citando fundamentalmente teorías de MIRAGLIA y DE CUPIS, resaltando la importancia de los derechos individuales en las declaraciones de derechos, especialmente en la de independencia de los Estados Unidos de América, en la Declaración francesa de 1789, en la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 y en la Declaración universal de las mismas Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948.

Por lo que se refiere al Derecho español invocaba en su apoyo:

a) El artículo 1.^º del Fuero de los Españoles, que proclama el principio rector del Estado español de respeto a la dignidad, integridad y libertad de la persona humana; la Ley de Principios fundamentales de 17 de mayo de 1958, principio quinto; y diversos artículos del Fuero de los Españoles relativos a la garantía de diferentes derechos individuales.

b) La tesis doctrinal y jurisprudencial de los derechos de la personalidad iniciada por el proyecto del Código civil de 1820 y las SS. de 22 de septiembre de 1944 sobre respeto del derecho al honor, de 23 de diciembre de 1952 sobre la violación de un derecho positivo, de 3 de junio de 1957, 28 de febrero de 1958, etc.

c) De acuerdo con este encuadre, citaba asimismo los conceptos del derecho a la imagen de los principales autores, y en particular los que lo consideran como manifestación del derecho a la reserva, o a la propia personalidad.

d) Finalmente invocaba la doctrina española al respecto.

Estos principios, no discutidos por la parte demandada, son objeto de estudio en el Considerando cuarto de la sentencia.

a) Parte de la distinción entre el derecho a reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, y el derecho a la propia imagen, sentando la siguiente doctrina:

"Que dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, ya

estimados como cualidades de la propia persona, derechos innatos o derechos esenciales o fundamentales, porque constituyen el núcleo alrededor del cual giran todos los demás, se encuentra el derecho a reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, en forma reconocible, con entera independencia del objeto material en que se contiene (derecho a la propia imagen)."

b) La imposibilidad de difundir la imagen.

"Toda vez que por constituir la exteriorización de la imagen una misteriosa impronta de la personalidad, nadie, sin estar debidamente autorizado puede propagar, mediante ilustraciones, la efígie de una persona aunque se muestre en público y el público la conozca."

c) El contenido propio al derecho a la imagen no lo es ni el honor ni el secreto personal, sino la "identidad física personal de la figura humana". Y al respecto declara la Sentencia:

"Y este razonamiento no meramente especulativo, lleva a la conclusión de que no son los bienes jurídicos del honor ni del secreto personal el contenido propio y genuino del derecho a la propia imagen; porque la reproducción arbitraria de una figura humana puede no lesionar el honor de la persona reproducida, ni quebrantar el secreto de una vida privada que cuando se trata, como sucede en autos, de exhibición popular *ad incertas personas* desaparece aquel secreto o derecho a la reserva sin dejar huella, sino tan sólo la *identidad física personal de la figura humana*, que como atributo antropológico es elemento caracterizado en nuestro Derecho, reconocido por los artículos 29 y 30 del Código civil y como signo individualizador se reconoce también por la Ley de 19 de enero de 1943 y Decreto de 2 de marzo de 1944 al crear la tarjeta o Documento Nacional de Identidad."

Véase cómo la Sentencia distingue el derecho a la propia imagen del derecho a reproducir o representar la figura corpórea, así como señala con profundidad científica el contenido de este derecho, diferenciándolo de otros bienes jurídicos con los que la doctrina frecuentemente lo ha confundido.

d) Seguidamente diferencia el derecho a la propia imagen del derecho al nombre:

"Y ese bien jurídico es semejante a la *identidad social de una persona* que es el contenido del *derecho al nombre*, aunque superior a él porque si es imaginable una persona sin nombre, sin nación y sin domicilio, no es imaginable una persona sin fisonomía propia que puede atacarse plasmando su efígie o descubriendola, como proclama la Sentencia del T. S. de 13 de marzo de 1930, o incluso exagerando los rasgos fisonómicos o somáticos de una persona, porque en todos esos supuestos se infringe el *ius disponendi erga omnes* que tiene su titular a la reproducción de su figura, sin limitación legal alguna por tra-

tarse de un derecho absoluto, personalísimo, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible."

- e) El 5.^o: Considerando, de verdadera trascendencia, distingue el derecho a la propia imagen del derecho sobre determinada imagen propia, declarando que,

"No puede en modo alguno identificarse el derecho a la propia imagen con el derecho sobre determinada imagen propia, que es un derecho adquirido, perteneciente al fotógrafo o al tercero por cuenta del cual obrare, si fotografió gratuitamente, o al fotografiado, si éste pagó cualquier género de remuneración por el servicio, con sus notas características de patrimonialidad, transmisibilidad *inter vivos* o *mortis causá*, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.271 y 659 del Código civil, prescriptibilidad de las acciones concedidas para su defensa según dispone el artículo 1.936 del referido Código."

V. LIMITACIONES. EXAMEN DEL CASO. Analiza la Sentencia, a continuación, las limitaciones específicas del derecho sobre la propia imagen que acaba de definir, limitaciones propias de la naturaleza de aquel derecho, y que determinan la exclusión del mismo con arreglo a los siguientes criterios:

- a) "Por tratarse de un personaje popular y simbólico, como lo es en autos la celeberrima figura del "Pregonero", que representa no el actor, sino a la tradición folklórica de Zaragoza que mantiene latente y viva no el demandante, sino el Ayuntamiento de Zaragoza."

Recoge aquí la Sentencia una limitación derivada de las circunstancias sociales. La figura del Pregonero constituye un símbolo de la Ciudad, patrimonio de toda la colectividad de Zaragoza, representada, en este caso, por el Ayuntamiento de la misma, como se desprende de la Ley de Régimen Local.

- b) "Por consentimiento expreso del actor a ser fotografiado por el fotógrafo municipal, como encarnación del aquel personaje, y transmisión de la obra artística al Ayuntamiento de Zaragoza, quien la aceptó, autorizando como titular legal a la entidad bancaria demandada para reproducir el personaje en cuestión."

Se trata en este caso de una limitación de Derecho privado derivada del consentimiento del actor a ser fotografiado como encarnación del Pregonero y a transmitir esa concreta imagen al Ayuntamiento, el cual es titular de la misma, capacitado, en consecuencia, para autorizar su reproducción a la entidad demandada. De esta forma quedan salvaguardados también los derechos del fotógrafo y del titular.

- c) "Por no ser reconocibles ni las facciones ni la figura del demandante en el personaje expresado, porque ni la finalidad primordial de la fotografía fue la de representar al demandante, sino a la inversa, ni hay el más lejano parecido entre uno y otro para identificarlos a través del más elemental estudio comparativo."

Nota esencial para que exista violación del derecho a la imagen es la reconocibilidad del efigiado. Si en la imagen publicada se desfigura de tal forma la estatura, compleción, facciones, etc., y, en una palabra, la apariencia general de la persona efigiada, debido al disfraz, caracterización, "truaje", etc., de forma que resulte imposible conocer la identidad de la persona que se oculta bajo tal disfraz o apariencia, no es posible invocar violación del derecho a la imagen, y ello aunque sea del dominio público tal identidad:

d) "Porque ni la imagen difundida del "Pregonero" se refiere a la vida estrictamente privada del actor ni falta en autos ese requisito importantísimo de "hechos realizados en interés público o desarrollados en público", porque la litis versa sobre la fotografía de un orador en el acto de leer el Pregón de Fiestas Regionales, acto eminentemente popular y al que asiste la población zaragozana sin distinción de matices, lo que implica un interés público, denotado en la misma publicidad del acto, que debe prevalecer sobre todo interés privado, como proclama la Sentencia del T. S. de 28 de febrero de 1958; el Fuero del Trabajo en su punto 12; la Ley de los Principios Fundamentales del Movimiento en el Principio V; y el artículo 30 del Fuero de los Españoles, porque el interés de la información pública, que caracteriza al folleto de autos, se limita a poner en conocimiento del público lo que en público tuvo lugar."

Se refiere aquí la Sentencia comentada a una limitación numerosas veces recogida por la legislación y jurisprudencia extranjeras, derivada de referirse la imagen a actos de interés público o celebrados en público. Según esa doctrina, no debe exigirse el consentimiento de las personas participantes en cortejos históricos, folklóricos, procesiones, desfiles, acontecimientos deportivos y, en general, en todos aquellos actos de interés público o celebrados en público.

El participante destacado en un acto de esta índole se expone a ser fotografiado y a que la imagen resultante sea publicada, sin posible reclamación.

VI. LA CUESTIÓN DE LOS DAÑOS. La demanda no se dirigía exclusivamente a la defensa del pretendido derecho del autor sobre su propia imagen en la figura del Pregonero de Zaragoza, tendiendo también, como dice la Sentencia,

"Al resarcimiento de daños y perjuicios que, en el decoro, fama o reputación del actor, le ha ocasionado la entidad demandada al utilizar como "reclamo" mercantil dicha figura en cuestión, y esa propaganda publicitaria, que beneficia el comercio de la entidad demandada, implica una conducta culposa que lesiona aquellos bienes inestimables del actor produciéndole verdaderos daños morales, que si la ley no puede directamente reparar, sí que permite una compensación económica que atenúa la intensidad del daño, por lo que solicita el pago de 300.000 pesetas como importe de la indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.902 del C. c., y la publicación de notas aclaratorias en todos los periódicos de la ciudad..."

Por lo cual debe la Sentencia, en virtud del principio de congruencia, examinar la conducta de la entidad demandada, a efectos de determinar si es o no culposa, así como el daño que pudo resultar de aquélla.

El 7.^o Considerando expone la naturaleza jurídica de la acción ejercitada, que no es otra que la acción derivada de la culpa extracontractual, la cual, nacida en el Derecho romano de la *lex Aquilia*,

"Simplemente enunciada en el artículo 1.902 del Código civil, y regulada en cuanto a su naturaleza y requisitos por la jurisprudencia, consiste en la obligación, no de un deber específico sobre el cumplimiento de la obligación y al que se refiere al artículo 1.101 del Código expresado, sino del deber jurídico general e impuesto a todos de no causar daño a otro."

Seguidamente enumera los requisitos exigidos para que pueda entrar en juego la exigencia de responsabilidad regulada por el referido artículo 1.902, y que son:

"Primero.—Que el demandado por acción u omisión ilícita incurra en culpa; Segundo.—Que el actor sufra en su persona o en sus bienes un daño real ocasionado; y Tercero.—Que exista relación causal entre la acción u omisión y el resultado."

En el Considerando 8.^o entra a analizar los referidos requisitos resolviendo en sentido negativo, con base en:

"Que la ilicitud, como supuesto necesario para que la obligación de indemnizar un daño o perjuicio se produzca, requiere que el hecho o la omisión que lo origina sea contraria a Derecho, como dispone la Sentencia de 6 de julio de 1956 ratificando doctrina mantenida en 13 de abril de 1911, 19 de enero de 1925, 4 de abril de 1932 y 13 de junio de 1942; y siguiendo el T. S. la orientación mantenida desde la Sentencia del 10 de abril de 1893, ha venido proclamando en Sentencias de 27 de abril de 1958, 24 de febrero de 1959 y 25 de noviembre de 1960 que no ya el supuesto de dolo o culpa, sino el de mera negligencia son en *absoluto incompatibles*, para los efectos de la responsabilidad civil de ellos derivada, con el ejercicio de actos de buena fe realizados a tenor y de conformidad con los preceptos legales que lo autorizan o regulan, pues implicaría una verdadera contradicción y antinomia legal, rayana con el absurdo, exigir a quien así obrase reparaciones de daño, que en todo y último extremo sólo derivaría de la ley, y mucho más cuando, como sucede en autos, entra en juego el clásico *axioma* (Sentencia de 14 de febrero de 1944) "qui jure suo utitur neminem laedit", traducido en la fórmula de nuestro antiguo derecho "non face tuerto a otro quien usa de su derecho", porque el ejercicio del derecho es lícito aun cuando merced a él vulnere intereses de terceras personas, y por consiguiente, salvo la excepción del abuso del derecho *no hay obligación de indemnizar los daños causados con ocasión de tal ejercicio.*"

Después de esta consideración de carácter general sobre el ejercicio de la acción derivada del artículo 1.902, rechaza la obligación de indemnizar por parte de la entidad demandada porque,

"Del examen de autos se revela que el actor, como Pregonero de la Ciudad, forma parte de cuantos cortejos se organizan y disponen por la Corporación Municipal, que la entidad demandada solicitó y obtuvo autorización del Ayuntamiento para reproducir y difundir la fotografía de autos..., hechos todos reconocidos por el propio demandado a través de declaraciones en la Prensa y en prueba de confesión judicial indecisoria, y que, en todo caso, el titular de la indemnización sería un tercero no litigante dado el carácter de la figura del "Pregonero" de la Ciudad, pero no el demandante (según se desprende de la prueba pericial practicada sobre la costumbre del lugar), hay que concluir apreciando la falta de legitimación activa, por no ser el demandante titular del derecho que ejercita en la demanda, y la falta de legitimación pasiva, por no haber incurrido en culpa la entidad bancaria demandada."

Como se ve, careciendo el actor de la titularidad sobre la imagen del Pregonero de la Ciudad, que corresponde, según se desprende del Considerando comentado, a la ciudad de Zaragoza, y en representación de ella a su Ayuntamiento, carece de legitimación activa el demandante para su reclamación, mientras que falta la legitimación pasiva de la entidad demandada, por no ser aplicable a la misma la doctrina que sienta el Considerando.

La sentencia que hemos transcrita aborda, con altura doctrinal y sentido práctico, un tema del máximo interés, y que podría reiterarse en la realidad, ya por la gran importancia que en la vida moderna tiene la publicidad, ya por la frecuencia con que se reproducen, con motivos propagandísticos, temas folklóricos, históricos o similares.

R. S. V. y
J. H. P.

B I B L I O G R A F I A

L I B R O S

BONET CORREA, José: «El control de cambios y las obligaciones monetarias».—Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. 19. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1967.

El ilustre profesor Bonet Correa, del Cuerpo de Investigadores del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, expone una vez más, con la autoridad que le caracteriza, materias que no son simplemente relacionadas, sino puramente de carácter económico, enraizándolas con el Derecho Privado, dando así la auténtica versión de materias, que si en principio aparentan tener exclusiva trascendencia pública, son irremisiblemente condicionadas por el reflejo que producen en el ámbito del Derecho Privado, del que, hora es decirlo, se están olvidando muchos principios e instituciones que resultan gravemente dañados por la influencia de positivismos administrativos y fiscales, de signo exclusivamente coyuntural, que cercenan el libre juego de la normativa privatística.

La obra —de cerca de 200 páginas— se inicia con una introducción expositiva por vía condensada de lo que aquélla ha de ser y contiene seis capítulos, divididos en partes, de los que se tratará separadamente.

Fija como elemento desencadenador del control la Guerra Mundial de 1914-18, con el derrumbamiento de gran número de monedas nacionales y su repercusión en los cambios mundiales, que exigió e impuso una política de intervención, allanadora de los inconvenientes que la Ley de oferta y demanda podía producir en aquella coyuntura y al propio tiempo realizar un control de las balanzas de pagos. Las tasas de cambios múltiples y los «clearings» son exponentes de ello. Pone de relieve, aunque ello sea paradójico, que es precisamente en los últimos cincuenta años, cuando las relaciones internacionales son más intensas, cuando aparece como secuela ineludible la existencia de un control monetario, que las más de las veces se inspira en la defensa de un nacionalismo que de este modo, en frase de Vito, encuentra un instrumento para gobernar la balanza de pagos huyendo del sistema automático del movimiento del oro. Ahora bien, esta mediatisación que las reglas jurídicas restrictivas de la libre acción del individuo en el ámbito del pago suponen, acarrean unos conflictos que afectan a la validez y eficacia de los actos jurídicos y al problema del cumplimiento de las obligaciones. Después de analizar con todo detenimiento el concepto y desarrollo del Control de Cambios en Gran Bretaña con el examen de la «Exchange Control Act» de 1947, en el Canadá con la «Exchange Control Act» de 1946, en los Estados Unidos de América con la «Alien Property Custodian», en Alemania donde estudia las tres etapas de su Régimen de Control, en Francia, en Bélgica con su Acuerdo-ley de 6 de octubre de 1944, en Italia con el estudio de sus dos etapas de 1936-1945 y 1946-1949, pasa al estudio del Régimen de Control de Cambios en España.

Lástima que la dinámica de las cuestiones haya impedido por ahora al profesor Bonet examinar los diversos y complejos movimientos habidos recientemente en las áreas nacional e internacional; la doctrina científica española se vería altamente beneficiada por una nueva aportación del autor si por el remedio de un apéndice completara esta fundamental obra.

Se detiene en el proceso histórico del Régimen de Cambios español, con especial estudio de sus tres etapas, comprensiva la primera desde 1916 hasta 1936, con el Real Decreto de 14 de junio de 1916 sobre Régimen de Admisión de Valores Extranjeros y su Cotización en Bolsa, la creación de los Consejos de Cambio, del Comité Interventor del Cambio, el Centro Regulador de Operaciones de Cambio, el Centro Oficial de Contratación de Moneda y el Registro Oficial de Importadores.

La segunda etapa comprende los años 1936 a 1959, haciendo un análisis del Decreto de 18 de noviembre del año citado en primer lugar, creando el Comité de Moneda Extranjera, y asimismo, el Decreto-ley de 14 de marzo de 1937 y disposiciones complementarias, en el que se contienen los instrumentos jurídicos limitadores de la propiedad, por cuanto se impuso la obligación de ceder al Estado la moneda extranjera, depositar el oro amonedado o en pasta y poner a disposición del Estado los títulos de deuda extranjera o valores mobiliarios a través de la «conversión» para moneda extranjera y títulos-valores y «autorización» para la disposición del oro, acompañado todo ello de unas disposiciones de tipo penal por las que se sancionaban las infracciones oportunas. A juicio del autor, la naturaleza y carácter de estas normas pueden considerarse como una «remoción de límites» en cuanto al ejercicio de un derecho preexistente y que, por tanto, los negocios jurídicos en relación con la materia no estaban fuera del comercio ni implicaban ilicitud de causa y solamente dependía su eficacia de la autorización oportuna.

Hace un estudio acabadísimo del Instituto Español de Moneda Extranjera, institución actual, heredera del cometido y finalidades de las instituciones que le precedieron, haciendo una crítica constructiva de su actuación.

La tercera etapa del Régimen Español del Control de Cambios la comprende entre los años 1959 a la actualidad, con un estudio analítico del Decreto-ley de 21 de julio de 1959 sobre liberalización progresiva de la importación de mercancías y del comercio interior, quedando aquél planteado sobre cuatro apoyos fundamentales:

- a) La libre adquisición, aunque sometida a tarifa aduanera.
- b) El régimen de cupos globales.
- c) El régimen de acuerdos bilaterales.
- d) El del comercio del Estado, adquiriendo así la peseta dos cualidades: la peseta «convertible» y la peseta «transferible».

Con gran extensión estudia el régimen particular de las inversiones extranjeras reguladas por el Decreto-ley de 27 de julio de 1959 y disposiciones complementarias, estudiando la doctrina española sobre este punto y haciendo una somera indicación de todas las publicaciones españolas que se han ocupado sobre tan transcendente materia.

Pasa posteriormente al estudio del Plan de Desarrollo Económico y Social, que sigue al programa de estabilización anteriormente tratado, poniendo de

relieve que una de sus misiones principales fue la de retocar el régimen de convertibilidad de la peseta para que resultara atractiva a los particulares nacionales y extranjeros, desdoblando su estudio en el análisis de las cuentas extranjeras en pesetas convertibles, de las cuentas extranjeras en pesetas interiores y las de residentes en el extranjero.

El capítulo segundo recoge el alcance y los caratterés del Control de Cambios que divide en dos grandes sectores: cual son los aspectos generales y los aspectos particulares de dicho Régimen de Control.

Dentro del primero estudia el Control de Cambios como técnica bancaria, con sus dos tipos de parcial y total, y puesto que el Control de Cambios se configura como una serie de remedios encaminados a estabilizar el mercado de los cambios, analiza las dos modalidades en que normalmente se desarrolla la primera, tendente a evitar la especulación y las rápidas y violentas fluctuaciones de los cambios, y la segunda es la que tiene la misión de protección del valor de la moneda nacional frente a la moneda extranjera debido a la fuga de capitales, manteniendo el cambio sin influjo del juego de la demanda y de la oferta.

Con una gran minuciosidad desarrolla el control dirigido a impedir la fuga de capitales, el dirigir o mantener un determinado nivel de cambio, el tendente a sobrevalorar la moneda nacional y aquel especialmente dirigido a convertirse en instrumento permanente de la política económica.

Dentro del estudio de los aspectos particulares del Régimen de Control, verifica una sustancial revisa de las disposiciones legales en las que se contiene la normativa legal española, haciendo una exposición cuidadosísima de la obligación de la cesión al Estado de las monedas extranjeras o divisas, del oro y de los valores y títulos de deuda extranjeros, con su correctivo comprendido en la resolución de 17 de marzo de 1961, comprensiva de las denominadas transacciones invisibles, ampliada por la resolución de 6 de junio de 1964.

La situación de sus cuentas corrientes, su régimen de bloqueo, es también objeto de un perfilado estudio de su actual establecimiento, analizando al propio tiempo los desbloqueos de saldos y el sistema de autorizaciones para los pagos por licencias cuya naturaleza jurídica es objeto de especial atención, estimando que en esta materia las situaciones intervencionistas no afectan a la facultad de disposición; esto es, que el negocio jurídico entre partes es perfectamente válido y únicamente afecta a su eficacia.

Analiza el carácter penal de las sanciones que tienen su origen en la influencia de la economía en los principios fundamentales de la represión.

En la discriminación de los cambios cuyo objetivo primordial es el mantenimiento de la paridad de los cambios extranjeros para conseguir la estabilidad de precios, desarrolla los distintos sistemas que pueden practicarse, que van desde el sistema múltiple al de convertibilidad de la peseta, haciendo una historia de los distintos tipos y circunstancias de fijación de cambios en las diversas etapas del movimiento económico español.

El capítulo tercero se refiere a las obligaciones monetarias y al Control de Cambios, que lo inicia haciendo una distinción entre las obligaciones monetarias internacionales y las obligaciones pecuniarias en moneda extranjera, fijando los elementos subjetivos y objetivos que conforman ambas categorías

y expresando que la obligación monetaria internacional es la que se adeuda en una o varias plazas extranjeras y es pagadera en uno o varios centros financieros del exterior, por medio de transferencia de divisas el pago de moneda extranjera, del mismo modo que las obligaciones pecuniarias son aquellas que se contienen en una misma comunidad nacional de pagos y se verifican o realizan dentro del ámbito de su derecho interno.

Muy minuciosamente hace un análisis del conflicto de leyes en las obligaciones monetarias internacionales extendiéndose sobre los diversos sistemas que pueden operar, cual son, el de la Ley que rige la obligación, el de la Ley del lugar del pago y el de la Ley de la moneda estipulada. Pone de relieve cómo el criterio primario para solventar estos conflictos de leyes descansa sobre la autonomía de la voluntad, aunque, naturalmente, existen estipulaciones en contrario con un fin de aseguramiento de omisiones y obligaciones que fuerzan a establecer otras normativas, como son las ya expresadas, que exigen, respecto a la Ley del lugar del pago, que la moneda ha de ser la admitida por la Ley del lugar, aunque pueda estar sometida a las contingencias del cambio, y en cuanto a la vigencia de la Ley de la moneda estipulada, suele exigirse que para que tenga efectividad ello no contradiga disposiciones de orden público del propio territorio.

Expone la doctrina común del Derecho Internacional en cuanto a las obligaciones monetarias que la descansa, como ya se ha expuesto, en el régimen de autonomía y, en su defecto, en las normas que regulan la sustancia de la deuda y la del lugar de pago de la obligación.

Analiza con todo detalle la influencia del Régimen de Control de Cambios en esta materia afirmando que para las personas físicas prima el criterio de residencia y domicilio sobre el de nacionalidad, no ocurriendo lo mismo con respecto a las personas jurídicas, siendo éste el criterio asimismo del Tribunal Supremo. Ello, no obstante, por regla general en el Régimen de Control de Cambios se exige una obligación de domiciliación que influye sobre el ejercicio de los derechos privados sin que ello modifique la condición de extranjero o nacional.

Estudia el ámbito de aplicación del control en cuanto a los bienes y en cuanto a los pagos, que desarrolla con gran fundamento, con apoyo de las disposiciones vigentes en la materia, afirmando que las cuestiones fundamentales son las que se refieren a la validez y eficacia de la obligación contraída sin autorización y respecto de la posibilidad de la ejecución o cumplimiento del pago, que estudia separadamente.

Examina las tres posiciones fundamentales con relación al criterio de validez de las obligaciones, que brevemente expuestas son:

La de la nulidad de la obligación monetaria cuando contraviene el Régimen de Control, la de validez de la obligación con un simple carácter relativo, al hacerla depender de la severidad con que los diferentes sistemas jurídicos tratan el vínculo contractual, y la de la validez de la obligación a pesar de estar contraída violentando lo dispuesto por el Régimen de Control. Estudia, con relación al criterio de nulidad, el «Acuerdo de Bretton Woods», en el de la relatividad, las doctrinas de Shoo, Domke y Van Hecke, y respecto del criterio de validez expone también las distintas teorías existentes y las.

naciones que siguen este sistema. Respecto del régimen español en esta materia, concluye con De Castro que las normas sobre el Régimen de Control tienen un simple carácter objetivo que no imponen, por tanto, la nulidad del acto que falte a requisiciones de carácter fiscal o administrativo y que sólo comportan la sanción o multa correspondiente, haciendo un estudio minucioso de las decisiones jurisprudenciales, primordialmente de la sentencia de 18 de abril de 1958, que recogen el espíritu indicado en función de la seguridad del tráfico jurídico.

El capítulo cuarto tiene por contenido las obligaciones pecuniarias y el control de cambios, manifestando que esta clase de obligaciones pueden ser incluidas dentro del grupo que recibe la denominación de «deudas de moneda específica» y sobre las que existen dos problemas de carácter primordial: la esencia dineraria de la moneda extranjera y la de si la obligación de abonar alguna suma en moneda extranjera es o no una obligación monetaria.

Sobre el primer aspecto hace un acabado estudio doctrinal y legal de la cuestión, concluyendo que al menos para España es moneda extranjera toda aquella que no sea moneda nacional, y con relación al problema segundo de los indicados, pone de relieve que la moneda extranjera se considerará o no como dinero, según la interpretación que resulte de la voluntad de las partes y de las circunstancias que rodeen la transacción, estableciendo la doble modalidad de obligaciones que denomina propias e impropias; las primeras son las que el deudor debe entregar signo monetario extranjero, o solamente moneda nacional en las segundas, si bien equivalente a la suma de la moneda extranjera pactada. Estima que el Régimen de Control no afecta para nada a la validez de las obligaciones pactadas en moneda extranjera; es decir, «in obligacione», aunque pueda resultar que dicha moneda extranjera pueda no estar «in solucione», resultando entonces una auténtica cláusula de valor. Se extiende sobre las cuestiones doctrinales que expone muy prolijamente, sobre la validez de las obligaciones contraídas en moneda extranjera y acepta que ante la quiebra del principio nominalista del dinero y en evitación de la crisis que ello puede comportar, la cláusula de estabilización es un auténtico medio de defensa del equilibrio económico de las obligaciones; para ello estudia el problema en las distintas naciones y sitúa a Estados Unidos de América, Canadá, Grecia y Brasil como aquellas en las que no son permitidas las cláusulas de estabilización; a Bélgica, Holanda y Dinamarca como naciones que reconocen la validez de las cláusulas, si bien con ciertas limitaciones, y a Gran Bretaña y Suiza como legislaciones que aceptan la total validez de dichas cláusulas. Analiza el problema dentro del ordenamiento español y en base de los artículos 1.255, 1.258 y 1.170 del Código Civil, estima que no hay inconveniente alguno para aceptar la validez del pacto de cláusulas de estabilización en el Derecho Español, asimismo aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha llegado a declarar que el pacto en una moneda específica que no se puede entregar, revela que las partes han querido una cláusula de valor para satisfacer en la moneda de curso forzoso la cantidad equivalente a la conversión de la extranjera. Dentro del Control de Cambios entiende que éste tampoco afecta a los pactos en moneda extranjera, pues la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios no impone la nulidad de tal

obligación, permaneciendo así inalterable el contenido del artículo ya citado 1.170 del Código Civil. Realiza un estudio acabado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este aspecto, con citas de sentencias concretas en las que el alto Tribunal ha defendido siempre la validez y licitud del pacto en moneda extranjera por ser el Régimen de Control de Cambios exclusivamente de carácter adjetivo con una finalidad concreta, cual es la de prohibición de salidas de capitales, valores y divisas sin un previo control.

El cumplimiento de las obligaciones monetarias en el Régimen de Control de Cambios es la materia comprensiva del capítulo 5.^o de esta fundamental obra. En él estudia las posiciones en el Derecho comparado, que clasifica en tres grupos: la de los países que imponen amplias restricciones a la libertad de contratar, aquellos otros que no la restringen y, por último, aquellos países, como Suiza, que ni conocen ni aplican restricción alguna. Se extiende sobre la influencia del Régimen de Control sobre la liberación del deudor, estudiándola en función del lugar de cumplimiento como determinante de la moneda de pago y la interconexión entre las normas de la «lex contractus» y de la «lex loci exectionis», preguntándose si el Régimen de Control Español puede hacer imposible el pago en la especie pactada. Se refiere a la autorización de las autoridades económicas como fundamento del cumplimiento de la obligación, y si por su falta cabe alegar la imposibilidad de tal cumplimiento.

Plantea los graves problemas que pueden derivarse de las obligaciones contraídas con anterioridad a la implantación del Régimen de Control y la paradoja que representa el que no haya unas disposiciones de carácter transitorio sobre la materia que obliga a concebir que todos los pagos queden sometidos a las normas del Control de Cambios. Estudia asimismo el problema del cumplimiento por el deudor de su prestación inobservando las disposiciones restrictivas, que estima sólo producen una infracción de carácter penal con su sanción correspondiente, que no contraviene a la plenitud de los efectos civiles del pacto, citando sentencias del Tribunal Supremo que así lo afirman.

Observa también muy detenidamente los diversos motivos de falta de cumplimiento de las obligaciones monetarias como consecuencia de la legislación de control, haciendo un acabado análisis de la «imposibilidad» y de la «dificultad», examinando los diversos supuestos de la imposibilidad de hecho y de la imposibilidad objetiva, exponiendo diversos criterios doctrinales y soluciones de la legislación extranjera sobre tal problemática. Respecto de España, presenta la tesis de Puig Peña, Beltrán de Heredia y Hernández Gil, concluyendo que la alegación de imposibilidad de la prestación en razón de fuerza mayor no puede ser aducida con éxito, porque se trata de prestaciones de carácter dinerario, genéricas y fungibles, porque no se trata de una imposibilidad absoluta, sino de un obstáculo meramente subjetivo, por la posibilidad de alcanzar otros medios de pago por vía de la conversión y por ser posibles otras garantías y modo de ejecución de las obligaciones.

Intimamente unidas con las cuestiones precedentes, analiza asimismo la imposibilidad de cumplimiento por denegación de divisas y por incumpli-

miento de formalidades y alegaciones de causa falsa, que examina en relación con los artículos 1.104 y 1.170 del Código Civil.

El último capítulo, sexto de la obra, se refiere a las modalidades de ejecución de las obligaciones monetarias en el Control de Cambios, estudiando la posesión de un patrimonio o de bienes en el extranjero como modo de satisfacer la obligación, y otras medidas que representen garantía del cumplimiento exacto de la obligación monetaria pactada, examinando distintas sentencias de Tribunales extranjeros como el de Saint-Gall, de Amsterdam, del Tribunal Federal Suizo, del Tribunal de Casación Iatliano, etc.

Conviene en que cerradas todas las posibilidades de cumplimiento estricto de pago de moneda específica, puede recurrirse a la posibilidad de la conversión fundada en el aforismo de que el género nunca perece, que, al propio tiempo, tiene la virtud de equiparar el valor nominal de la moneda pactada con el valor nominal de la moneda nacional o de curso forzoso existente en el lugar del pago, aunque comprende lo dificultoso que es determinar esta conversión por los distintos tipos de cotización que de hecho se aplican a las conversiones monetarias.

Por último estudia las diferentes modalidades de ejecución acudiendo al criterio mercantil contenido en el artículo 312 del Código de Comercio, más dinámico y progresivo—dice—que el Código Civil, reiterando el criterio del Tribunal Supremo de que el pacto de pago en moneda específica o extranjera acarrea implícitamente un pacto de «valor moneda extranjera»; reitera la tesis mantenida a lo largo de su trabajo de que la falta de autorización de las autoridades económicas lleva insita la necesidad de acudir a los textos legales del Código Civil y de Comercio, tantas veces citados, ofreciendo los diversos sistemas de conversión que han fluctuado según «el día del emplazamiento del demandado», según «el día de ejecución de la sentencia» y según «el momento o día del pago».

Finaliza su fundamental trabajo con un estudio de las repercusiones de la mora en las obligaciones pactadas en moneda extranjera ante el Control de Cambios, afirmando, después de un estudio de derecho doctrinal y comparado de la cuestión, que este retraso produce exclusivamente la obligación de pago de los intereses y que sólo se puede exigir indemnización de daños y perjuicios cuando sean «especiales» o «extraordinarios», admitiendo que la depreciación o desvalorización de la moneda pactada supone este daño «especial» o «extraordinario», criterio que ha sido admitido por el Tribunal Supremo, viniendo así a corregir las consecuencias de un férreo nominalismo: cuando dicho principio ha perdido vigencia por las alteraciones monetarias..

JESÚS CARNICERO Y ESPINO,

Magistrado

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: «Derecho inmobiliario registral». Barcelona, 1968. Librería Bosch. Un volumen de 388 páginas.

El afán estudiioso, la experiencia investigadora y la cotidiana labor didáctica de estos dos infatigables civilistas ha dado como resultado esta ejemplar

obra sobre derecho inmobiliario registral. El derecho inmobiliario registral, en cuanto conjunto de disposiciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales acerca de la estructura y el funcionamiento del Registro de la Propiedad, es un organismo que da a conocer y publica las titularidades reales sobre los bienes inmuebles y que, como añaden precisamente los autores, también hoy se aprovechan para publicar ciertas titularidades mobiliarias.

La importancia de esta obra desde su aspecto científico y práctico es notoria. Actualmente, en el derecho, las cuestiones sobre la seguridad de las relaciones jurídicas priman incluso sobre las de la equidad, por lo que las referentes a la protección del tráfico se hacen tan necesarias que se convierten en una finalidad esencial y perentoria. La socialización de la propiedad y la intervención del Estado sobre la organización económica de sus ciudadanos han acentuado el sistema que trata de lograr que la publicidad registral se constituya como una actividad organizada administrativamente, destinada a dar a conocer la situación jurídica de los bienes mediante su descripción en libros oficiales. El sistema de garantías trata de hacerse lo más completo posible.

Los ilustres profesores LACRUZ y SANCHO han calado bien hondo en el significado del papel y funciones del derecho inmobiliario registral. Con esta obra, fruto de su larga y estudiosa experiencia, no se reedita o ponen al día otros escritos anteriores ("Lecciones de derecho inmobiliario registral", 1955 y 1957), sino que se ofrece una elaboración más ponderada y meditada y, también, más apta didácticamente. En ella han logrado plenamente sus objetivos al hacerla más accesible a quienes tratan de introducirse en el complejo mecanismo normativo registral, prescindiendo de alardes casuísticos excesivos y de un aparato de citas que pudieran hacer desgresiones o remisiones innecesarias. No por eso, la obra margina problemas y cuestiones fundamentales, sino que las aborda con gran eficacia y abundante argumentación doctrinal y jurisprudencial.

Para apreciar la solidez y contenido de esta obra basta con enunciar sus apretados trece títulos generales donde se sistematiza el conjunto de materias abordadas. Unas concretas referencias históricas y de derecho comparado son la prueba de la medida y ponderación con que se ha hecho su estudio. Se aporta luego la legislación hipotecaria española para mostrar los rasgos fundamentales del sistema registral español. Destacan las materias que abordan los elementos de la publicidad registral y lo concerniente a la inscripción, la prioridad y el registro, la eficacia ofensiva y defensiva de la inscripción, así como el examen de los otros asientos, la extinción y la rectificación. Por último, se abordan los organismos de la publicidad inmobiliaria, los presupuestos del procedimiento registral, el procedimiento registral, la inmatriculación y reanudación, para concluir con un examen de derecho internacional.

Para completar la labor pedagógica de esta obra se añaden en apéndice los documentos que constituyen la historia registral de una finca. Su bien cuidada distribución de materias y tipos gráficos, así como su metodología aplicada son una prueba de esta valiosísima contribución, que es una aportación fundamental a la civilística española.

«LIBRO-HOMENAJE A LA MEMORIA DE ROBERTO GOLDSCHMIDT».

Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1967. Un volumen de 729 páginas.

La Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y, en particular, el Instituto de Derecho Privado, ofrecen a la memoria del profesor Roberto Goldschmidt, que compartió un gran período de su vida académica y científica en la Universidad de Caracas, un magnífico volumen de estudios donde colaboran ilustres juristas de diversos países.

Dado que el profesor Roberto Goldschmidt, como muy bien pone de relieve en la dedicatoria el profesor Melich-Orsini, penetró en casi todas las ramas del Derecho con certero sentido de las perspectivas contemporáneas, es por lo que en este volumen se encuentran estudios de los más diversos especialistas y amigos que tanto cultivaron la filosofía del derecho y el derecho comparado, como el derecho civil, el mercantil, el procesal civil, el administrativo y el internacional privado.

Las contribuciones que se dedican en este homenaje son de gran valor e interés, como la de Werner Goldschmidt, "Obertura a la teoría trialista del mundo jurídico" (p. 37 ss.); la de Ulrich Klug, "Tesis para un análisis de la idea del hombre dentro del derecho" (p. 75 ss); la de Marc Ancel, "Algunas reflexiones sobre las orientaciones modernas del Derecho Comparado" (p. 99 y siguientes); la de René David, "La unificación internacional del derecho privado" (p. 113 ss); la de John N. Hazard, "La familia de sistemas jurídicos de inspiración marxista en África" (p. 131 ss); la de Jean Limpens, "Incidencias recíprocas de la voluntad real y de la voluntad declarada en la formación de los contratos en el Derecho Comparado" (p. 147 ss); la de Wolfram Müller-Freienfels, "Observaciones al Derecho Comparado" (p. 161 ss.); la de Héctor Cámara, "La legislación cambiaria en la República Argentina" (página 399 ss); la de Angelo Crisoli, "Sociedades unipersonales y Empresa individual de responsabilidad limitada" (p. 429 ss); la de José Muci-Abraham, "La consignación en depósito de la deuda cambiaria" (p. 467 ss); la de Roberto Ramírez, "Roberto Goldschmidt y el Derecho Mercantil Contemporáneo (p. 537 ss); la de Mario Rotondi, "La analogía de la ley comercial en relación con las fuentes subsidiarias del Derecho Mercantil" (p. 589 ss); la de Santiago Sentís-Melendo, "Existencia y delimitación del Derecho Probatorio" (p. 613 ss); la de Aristides Rengel-Romberg, "La función jurisdiccional del Estado" (p. 651 ss); la de Emilio Betti, "Interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho Internacional Privado" (p. 677 ss); la de Fritz von Schwind, "Disposiciones generales del proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho Internacional Privado" (p. 691 ss); la de Benito Sanso, "La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la ley extranjera aplicable" (p. 703 ss); la de Allan-Randolph Brewer C., "La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos" (p. 755 ss); la de Hildegard Rondon de Sanso, "Introducción al estudio del acto administrativo" (p. 779 ss).

En este volumen hay que destacar los estudios de derecho civil que se realizan en este homenaje a Goldschmidt, puesto que abordan cuestiones particularizadas del derecho civil venezolano. Tales son la de José Melich-

Orsini, "La mora del deudor en el derecho venezolano" (p. 335 ss); la de Angel Cristóbal-Montes, "Orígenes históricos de la llamada propiedad horizontal" (p. 198 ss); la de Francisco Hung-Vaillant, "La cesión del derecho de autor en la ley venezolana" (p. 223 ss), y la de Gert Kummerow, "La obligación de indemnizar normada en la Ley de Tránsito Terrestre" (p. 255 ss).

Con esta publicación podemos dar la enhorabuena al Director del Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela, el profesor Melich-Orsini, por el acierto que ha tenido al organizar este homenaje sobre la persona y obra del profesor Roberto Goldschmidt, donde se han reunido tan meritorios y excelentes estudios.

JOSÉ BONET CORREA

LLUIS Y NAVAS, Jaime: «Derecho de asociaciones». Librería Bosch. Barcelona, 1967. 407 páginas.

Pese a tratarse de una materia en buena parte civil, no puede decirse que la literatura monográfica sobre asociaciones sea abundante en España; de principios de siglo son los trabajos de Benito y Boix, centrados en torno a la Ley de 1887; el Decreto de 1941 origina el breve trabajo exegético de Claret Martí (*Las asociaciones. Su régimen jurídico*, Barcelona, 1941) y el de finalidad práctica de García Pesarrodona (*Régimen jurídico-administrativo de las asociaciones*, Barcelona, 1950), mientras que la voz correspondiente de Pellisé Prats en la *Nueva Encyclopédia Jurídica* ofrece mayores preocupaciones dogmáticas; publicada la vigente Ley de 1964, la obra que reseñamos es el primer estudio de conjunto sobre la misma, realizado con un enfoque principal, aunque no exclusivamente privatístico.

Destaca en ella, en primer lugar, un propósito de tratamiento exhaustivo de la materia, fácilmente comprobable con una somera consulta de los epígrafes; no sólo están tratadas las cuestiones civiles, sino que el autor se adentra en los aspectos administrativos y penales de las acciones. La obra consta de 23 capítulos, cuyo enunciado es el siguiente: Conceptos fundamentales, Naturaleza jurídica, Historia y Derecho comparado, Fundamento, Elementos, Fuentes del Derecho de Asociaciones, Clases de Asociaciones, Constitución, La personalidad y sus derivaciones, Los Socios, Administración y Gobierno, Libros y Documentos sociales, Régimen económico, Medidas especiales de policía de las Asociaciones, Sistemas de sanciones, Registro de Asociaciones, Legislación transitoria, Extinción, Procedimiento, Asociaciones de Utilidad pública, Asociaciones de hecho de carácter temporal, Federación de Asociaciones, Asociaciones especiales. Destaquemos asimismo las extensas consideraciones de tipo metajurídico, especialmente filosófico y sociológico, al tratar del derecho de asociación en general y de su fundamento. Aquí, el autor se inspira en un corporativismo organicista, y se enfrenta con los personalistas, especialmente con Maritain y Lucas Verdú.

Para el autor, las asociaciones son sociedades de derecho privado, definiéndolas como agrupaciones orgánicas, de varios hombres, de naturaleza infrasoberana y privada, dirigida al logro de algún fin extralucrativo (p. 13).

El Derecho de Asociaciones pertenece a la policía administrativa de las relaciones de derecho privado; entendiendo que "la distinción entre el ámbito de lo público y lo privado, desde un punto de vista conceptual corresponde a una diferenciación plena entre dos esferas jurídicas, y no a una mera matización relativa, como algunos autores han pretendido" (p. 33); y más adelante aclara: "El Derecho de asociaciones regula una relación civil sometida a la policía administrativa. De ahí que en un mismo texto y con un mismo objeto (la asociación) concurran dos tipos de normas. Por una parte advertimos las reguladoras del pacto asociativo o de ingreso y de las relaciones derivadas del mismo, es decir, de las relaciones de los socios entre sí y con la sociedad. Este aspecto de la cuestión pertenece a la esfera de autonomía de la voluntad, y, por tanto, estamos ante normas de derecho privado general, es decir, de Derecho civil. Pero la autorización para constituir la asociación y la policía administrativa de la misma, suponen entrar en la esfera de los actos de imperio. Las normas que lo regulan son de derecho público y, más concretamente, administrativo" (p. 34).

A juicio del autor, mientras la ley de 1887, en cuanto al nacimiento de la personalidad jurídica, seguía el criterio del registro necesario, y el Decreto de 1941 el de la autorización discrecional, la Ley de 1964 ha optado por el sistema de previa autorización necesaria, según el cual es preciso la autorización gubernativa, tanto para constituirse, como para adquirir personalidad (p. 140, 150). La cuestión, sin embargo, es discutida por la doctrina. Albaladejo (*Instituciones de Derecho civil I*, 1961, p. 211, nota 2) no veía inconveniente en el Decreto de 1941 para entender que respecto de las asociaciones regía el sistema de libre constitución, pues, opinaba que una cosa era la autorización para asociarse y otra la concesión de personalidad; *a fortiori*, las dudas pueden seguir planteándose después de la Ley de 1964.

Hubiéramos deseado mayor profundización en otras cuestiones; por ejemplo, en la relativa a la naturaleza del requisito de la autorización gubernativa para cierto tipo de liberalidades, así como la extensión del mismo (el autor se limita a decir que es condición de licitud, cuyo incumplimiento puede originar el comiso de la suma donada), o el problema de las asociaciones de hecho, sólo en parte reguladas por la nueva Ley.

Por ser la primera obra de conjunto sobre la Ley de 1964, se consultará con utilidad, sobre todo por su tendencia al casuismo. Adolece, a veces, de cierta imprecisión que puede hacerla parecer contradictoria. Sobran quizás las divagaciones de tipo filosófico, y faltan, en cambio, referencias a las cuestiones actualmente discutidas sobre las personas jurídicas. La doctrina civil está abundantemente utilizada, pero no toda, ni siempre de última edición; sorprende en el Derecho comparado las inactuales referencias a "las Monarquías eslavas".

La valoración en conjunto es positiva, y creo que hay que felicitar al doctor Lluis y Navas por haber realizado una inicial labor de desbroce en el estudio de una ley, ampliamente discutida por razones no exclusivamente jurídico-civiles, en el momento de su elaboración, y que, acaso por ello, ha dejado en la sombra sin resolver claramente aspectos importantes referentes al Derecho civil.

MUÑOZ SABATE, Luis (Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona): «Técnica Probatoria». «Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso». Prólogo de SANTIAGO SENTÍS MELENDO. Editorial Praxis, S. A. Barcelona, 1967.

Prologado por el catedrático SENTÍS MELENDO, que en su extenso exordio ofrece una panorámica extraordinaria de conceptos referidos a esta intrincada y viva cuestión la prueba forense, el autor da una excelente muestra de un profundo estudio, de unas conclusiones que abren camino a la dialéctica y sobre todo un completísimo panorama de elementos y cuestiones básicas de aplicación general, así como el análisis de muy variados aspectos de la casuística operativa.

Repite SENTÍS MELENDO en su prólogo, que es un libro difícil de prologar; aplicó la dificultad a éste, por fuerza, breve resumen. Me limitaré a dar cuenta sucinta de su contenido y de los más relevantes aspectos de su trabajo, pues la complejidad y nexo de unión e interdependencia de las cuestiones propuestas agravan para el anotador su tarea, por otra parte grata, dada la naturaleza interesantísima de su desarrollo.

Se compone la obra —de más de 400 páginas— de una introducción y de cuatro grandes apartados; el 1.^o sobre problemática de la prueba, sobre su metodología el 2.^o, critología de la prueba a seguido, y por vía final el proceso como instrumento de la prueba.

En la introducción habla de la posible ineeficacia del proceso, de la reforma legal, del desprecio a los hechos, y expone el plan de lo que ha de constituir su trabajo.

La primera parte lleva la rúbrica general de la necesidad de la prueba, en la que estudia la norma sustantiva y su eficacia probatoria, siendo partidario de la factibilidad heurística, dado que las bases fácticas de la norma no se pueden cumplimentar a veces por la difícil impresión y traslado al Juez de las mismas, de modo que no se produzca una falta de protección de los derechos, a lo que puede coadyuvar la permisión de las lagunas de prueba, sobre todo en los supuestos de la "infitiatio" y lo mismo los efectos reflejos del concurso de pruebas, así como los llamados hechos notorios. Hace un perfecto estudio del "onus probandi" y del "favor probationes" de gran importancia científica y práctica.

El alcance gnoseológico de la prueba le lleva a la existencia del mito de la verdad judicial, porque afirma que la declaración de hechos probados no puede equivaler a una declaración dogmática de la verdad de los mismos, desembocando en la simple probabilidad como nivel suficiente de evidencia, o en frase de "Geny", realizaciones aproximativas, que comporten una conveniente aplicación de la norma, por lo que concluye que la prueba es sólo un juicio de probabilidad y la admisión de las presunciones así lo abonan.

Estudia los problemas sobre la admisión de la prueba, donde estima debe tener entrada la fórmula heurística atacando el sistema de su preclusión, y con relación al "numeris clausus" o "apertus" considera que la Ley debe ser entendida en este último sentido. La prueba ilícita en función de su admisibilidad o valoración, y la prueba impertinente, es tratada asimismo

con gran detalle para desembocar en la tasación de la misma, a la que dedica un acabado tratamiento, creyendo que su sentido debe tener cabida en el ámbito de su "valoración", que analiza en sus dos vertientes de "hiper" e "hipo" con relación a diversos medios de prueba.

Seguidamente estudia la acción exhibitoria ajustándose en la doctrina que expresa a una justa interpretación del principio "nemo tenetur", y al propio tiempo establece el verdadero contenido objetivo del deber de exhibir, tanto frente a la parte como frente a terceros, siendo en este segundo aspecto donde critica la dicción del artículo 603 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo espíritu puede ser salvado a través del "deber de información" que impone la justicia rogada.

Se muestra partidario, con toda razón, del principio de inmediación: que para el anotador ha sido absolutamente indeclinable. Con gran amplitud desarrolla la mediatización de la prueba, principalmente por razones fiscales y por influencia de la equidad, para entrar en el análisis de su problemática intrínseca, afirmando que los instrumentos de la prueba deben estar dotados de dos propiedades básicas: la impresionabilidad y la traslatividad. Analiza como temas fácticos los hechos antiguos, los ilícitos, los íntimos, los negativos, los psíquicos, los virtuales y los técnicos, enlazando su estudio con el "favor probationes", concluyendo así la primera parte de su ingente trabajo.

La segunda parte de su tratado, como ya se ha adelantado, tiene por rúbrica general la metodología de la prueba y, después de acreditar las distintas configuraciones del vocablo, bien como actividad, como resultado o como instrumento heurístico, trata de las diversas vías del conocimiento judicial de la verdad, analizando las presunciones o método inferencial y la visión fenoménica o intuiciones.

Dentro del campo de las presunciones establece dos tipos específicos: las de "medio" y las de "resultado", y presenta los cuadros de la doctrina científica en orden a si el proceso lógico se basa en un razonamiento deductivo o inductivo, estudiando con todo detalle los fenómenos de concatenación y de acumulación de la prueba de presunciones, para después verificar una síntesis de la prueba pericial o presunción técnica que se comprendían en las llamadas "máximas de experiencia", las de voluntad y las de "facta conscientia", para entrar después en el estudio de las "infirmitaciones", es decir, la verificación del resultado por el resultado mismo.

Los indicios constituyen otro gran apartado dentro de esta segunda parte: con gran detalle estudia el indicio en relación con la presunción y presenta sentencias dispares en orden a la admisión de esta prueba en el ámbito civil, estimando que puede identificarse con "el principio de prueba", examinando su actuación en las medidas cautelares, en el embargo preventivo, en el aseguramiento de bienes, en la anotación preventiva de demanda, en los procesos concursales, en los alimentos provisionales y en las cuestiones de competencia. Hace especial mención del concurso de pruebas, o prueba compuesta, de gran interés, y acaba esta segunda parte de su trabajo con la dedicación de un capítulo a la semiótica o ciencia de los indicios, y, tras hacer una crítica de la práctica forense sobre la apreciación de la prueba,

ensalza sus efectos porque mueve a despertar la intuición del juzgador, sirve al proceso de las infirmaciones de modo absoluto y a contribuir al entendimiento de la conformación fáctica de la norma.

La tercera parte es dedicada por el autor a lo que denomina critología de la prueba, dividida a su vez en dos grandes sectores: la critología de testimonios y la critología de documentos. En orden a los primeros, subdistingue en su estudio el testimonio de la parte y el de los terceros. Para ello hace un acabado análisis, en primer término, de la confesión judicial, para la que recaba un interrogatorio libre y un uso mesurado y prudente del artículo 586 de la Ley Rituaria Civil, del que estima se hace caso omiso, dedicando gran atención a la confesión extrajudicial, a su naturaleza y valoración y a la admisión o afirmación de un hecho por el procurador de una parte, ya afirmado por la parte contraria.

Respecto del testimonio de terceros, ofrece un amplio análisis de las causas de la hipovaluación de este medio de prueba y su carácter en el Derecho comparado; desarrolla el valor del juramento y de las penas para que el testigo se sujetre a la verdad, pasando al análisis de la técnica del interrogatorio plasmado en su inmediación, información, protocolización, forma de las preguntas y repreguntas y la influencia del tiempo y del lugar en el interrogatorio. Con relación a la psicodiagnóstico, se muestra partidario de la utilización del polígrafo y del método de las "asociaciones", sobre todo en relación con terceros deponentes.

Se extiende sobre la valoración del testimonio en función de apreciaciones personales, formales y reales, y acerca del rumor, presenta asimismo un análisis concienzudo de su efectividad posible en determinadas circunstancias. Las actas testificales y los informes, como pseudo-testimonios, son objeto también de acabado estudio.

Con la critología de documentos termina la tercera parte de su trabajo: después de exponer cómo es la más frecuente y trascendente de las pruebas, fija la verdadera naturaleza jurídica del documento, aludiendo a los diversos motivos, objetivos y subjetivos, de indocumentación, y entre estos últimos señala el parentesco, la amistad, la confianza, etc. Desarrolla muy minuciosamente la tipología documental y por razón de autoría analiza documentos públicos, privados, cartas, borradores, diarios íntimos, albaranes facturas y libros de comercio; por su grafismo, los divide en autógrafos y heterógrafos, enraizando esta materia con la cuestión tan debatida de la utilización de las bandas magnetofónicas y las fotocopias de documentos. Presenta un exhaustivo cuadro de documentos, según su contenido, para pasar a la fijación de los medios de autenticación, que desarrolla muy acertadamente, no sin antes haber expuesto la teoría de la falsificación y su trascendencia jurídica, haciendo un examen de los diversos extremos susceptibles de dicha falsificación.

En la cuarta y última parte de su tratado, que tiene por contenido el proceso como instrumento de prueba, deja sentadas diversas afirmaciones sobre la diferenciación axiológica entre juicio ético y pragmático, la de que en principio la prueba es un hecho al margen de la moral y la necesidad de una "colaboración específica" para mantener las formalidades lógicas, que la

conducta procesal no sólo consiste en afirmaciones, sino que puede devenir en circunstanciales "ageres" y que puede consistir no en un medio de prueba "sui generis", sino en una fuente de presunción o indicio que se plasma en el propio proceso, por lo que éste alcanza el valor de instrumento heurístico a través de las inferencias endoprocesales que clasifica en incriminativas y excriminatorias. Entre las primeras analiza con detalle las conductas omisivas (la negativa genérica, la rebeldía, la pasividad y la ocultación de hechos), las oclusivas (destrucción de pruebas y las negativas de exhibición), las hesitativas (caso de afirmaciones incompatibles entre sí) y la conducta mendaz.

Las excriminatorias pueden aparecer fundadas en la tesis de Bentham de que en principio las probabilidades están en favor de quien acude por propia voluntad a someter su derecho a la sentencia, aunque ello, naturalmente, no pase de ser una especulación sin base cierta alguna.

Termina su interesante y documentado estudio presentando un ejemplo de semiótica en una materia tan a propósito para el desarrollo del concepto como es la prueba del no uso de la vivienda o local de negocio, al devenir en causa de negativa a la prórroga legal en los arrendamientos urbanos.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO,
Magistrado

POLAINO ORTEGA, Lorenzo.—Dr. en Derecho.—Secretario Judicial Decano de Sevilla.—Juez de Instrucción excedente.—Profesor de la Universidad Hispalense.—«Estudios de Derecho Procesal». Edita Lorenzo Polaino Ortega. Imprime Gráficas Nova, S. A. Jaén, 1967.

Prologado por el catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla don Alfonso de Cossío, el trabajo ofrecido por el autor, en un volumen de cerca de doscientas páginas, es en realidad una suma de diversos problemas de orden procesal, ya aparecidos en diversas revistas y publicaciones.

La primera de las cuestiones tratadas hace referencia al «usus fori» y la corruptela procesal e inicia su estudio sentando la afirmación de la necesidad de la reforma de las leyes procesales en su doble aspecto de incorporación a su texto de aquellas reglas consagradas por los usos forenses que suplen y complementan la Ley y aquellas que tienen por finalidad esencial el desterrar de la práctica diaria aquellas otras actitudes que, contrariando el sentido verdadero y ortodoxo de sus disposiciones, producen las corruptelas nacidas de una malicia curialesca.

Analiza las causas de la lentitud de los procesos, del incumplimiento del principio de inmediación, las ventajas e inconvenientes de la «oralidad» y del proceso «escrito», los obstáculos al normal desarrollo del proceso —entre los que cita la denuncia de supuestas irregularidades, el empleo de la querella criminal y el abuso de los incidentes— la práctica de pruebas «viciadas», etc., para terminar con la cuestión de las costas procesales y su tasación. Estima que una reforma procesal es menos importante que una interpretación de las leyes objetivas bajo el prisma de la honradez y de la limpieza de conciencia.

Otro de los grandes apartados de la presente obra es el bastanteo para pleitos, donde analiza el contenido del artículo 3.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, calificándolo como un presupuesto de validez del proceso y de sus actos singulares. Pone de relieve cómo la naturaleza jurídica de dicho bastanteo ha sido poco estudiada, afirmando que en él se dan dos vertientes: la extraprocesal y la preprocesal, creyendo ver, en relación a su origen histórico, el mandato contenido en las ordenanzas de los Reyes Católicos de 1502.

Hace un acabado estudio del momento de presentación del poder bastanteado, del sujeto del bastanteo y de su formación, enraizado todo ello con la capacidad, tanto jurídica como procesal, así como sus posibles subsanaciones, para terminar con una exégesis de sus efectos normales y anormales, éstos en función de su insuficiencia e inexistencia, incorporando una abundante información bibliográfica de gran utilidad en tan singular materia.

Con relación al repartimiento de negocios civiles, materia que estudia también por separado, informa ampliamente de los preceptos que la regulan, de sus clases, de la naturaleza procesal del reparto y de los fines e intereses que juegan en el mismo, planteando el problema de si el reparto confiere competencia para conocer excluyentemente, siendo de opinión opuesta a este principio, pues la competencia se atribuye por ley y el reparto es un acto de gobierno procesal material.

Presenta a seguido las bases del repartimiento de negocios (presentación y matriculación, clasificación del negocio, reparto propiamente dicho, cumplimiento de turno, libros y ficheros del repartimiento y negocios excluidos de presentación al reparto), que desarrolla muy prolíjamente, acabando su estudio con una exposición de problemas de orden práctico, como son la solicitud, denegada, de la pobreza del actor, el cambio posterior de clasificación del negocio, qué se debe entender por «antecedentes» y el modo de resolver los casos no previstos por las Bases del repartimiento.

La reconvención contra terceros es otro de los apartados de la obra, de evidente interés científico y práctico, y después de acometer un profundo análisis del concepto, expone los cuadros de Plaza y Guasp sobre la pluralidad de partes en el proceso y los caracteres de su intervención, abundando en el conocido criterio científico del abandono en la ley procesal del tratamiento adecuado a materia de tanto interés y trascendencia; la intervención general de un tercero en el pleito al margen de la clásica tercera.

Justifica la reconvención del hipotético reconvenido con diversas y atinadas razones, entre las que pueden destacarse la interpretación literal del artículo 542 de la Ley Procesal Civil en cuanto habla de que el demandado propondrá la reconvención en los casos que proceda, afirmando asimismo que el no señalamiento de trámite tampoco es motivo para deducir consecuencias obstaculizadoras de esta reconvención por cuanto se encontraría apoyada su exclusión en la excepción segunda del artículo 460 de la Ley de Trámites.

Analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que también deduce la posibilidad de esta reconvención contra tercero, terminando con una exposición de los puntos de vista de la doctrina científica procesal, que abonan la

conveniencia de su admisión, alegando para ello las razones de no violentar ningún precepto imperativo del derecho procesal, el seguimiento que se haría en las modernas legislaciones extranjeras y el sentido utilitario con que está concebida la reconvención y además porque sin la posibilidad de tal reconvención se rompería el vínculo consorcial necesario que el derecho crea y que debe ser respetado en su integridad jurídica.

La interesantísima materia de la determinación de la norma en la sentencia judicial es tratada muy ampliamente y con gran acierto por el autor, que, en función de los principios de «*jura novit curia*» y «*narra mihi factum dabo tibi jus*», concluye que dichos principios están limitados por diversos factores, entre los que cita «la subsumibilidad» de los hechos alegados por las partes en la forma que el Juez determine, por la causa de pedir que necesariamente ha de ser respetada por el Juez, por las excepciones opuestas, por la necesidad de congruencia entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes y por la consecuencia de cosa juzgada material, evitando la posibilidad de repetición de procesos.

Materia también muy interesante y que es tratada con gran altura científica, la referente al resultando de hechos probados en lo civil, es otro de los apartados de la obra. No es posible dar una reseña amplia, pero sí anunciar su gran valor científico y práctico, en el que comprende el análisis del silogismo que el proceso encierra, el estudio de la premisa menor comprensiva de la delimitación del hecho y de la prueba del hecho litigioso, enmarcado en la lógica y la psicología —el subjetivismo en su interpretación y valoración—, con estudio de «la tipicidad», «el fatti-specie» y «el thatbestand». Estima que los resultados de la sentencia deben contener la pretensión de la parte actora, con un resumen de sus fundamentos de hecho y cita escueta de los de Derecho, lo mismo con relación a la parte demandada, enumeración de las pruebas propuestas, de las admitidas por el Juez y de las practicadas, análisis científico de la prueba practicada en relación con los hechos, exposición clara, total y concisa de lo que el Juez declare como hechos probados y, por último, la consignación de la observación de las prescripciones legales en la sustanciación del juicio o la expresión en su caso de los defectos u omisiones que se hubiesen causado. Termina su estudio con una consideración acerca de la apelación y casación en relación con los hechos, de gran valor doctrinal.

La condena en costas es una glosa a la conferencia pronunciada por don Jaime Guasp, organizada por la Sección Hispalense del Instituto Español de Derecho Procesal, hace ya varios años, y en la que, disintiendo del parecer del profesor de la Universidad de Madrid cuando afirmó que la resistencia de los jueces a imponer las costas se funda en la desconfianza de haber alcanzado la estricta justicia en su resolución, defiende la postura en base a la imperiosa situación de que la vida y la norma no son a veces de encaje perfecto y exacto, por cuanto no se opera con valores ideales y teóricos, sino con unos reales, de muy extensa gama y dificultosa apreciación. Defiende el principio de disposición del Juez sobre la condena en costas, que puede extenderse a personas distintas del vencido.

Termina su refundición de cuestiones con la referente a la correlación.

entre delito y proceso, de modo que los términos delito, pena y proceso son rigurosamente complementarios, por cuanto no hay delito sin pena y proceso, ni pena sin delito y proceso ni, por tanto, proceso si no es para investigar el delito y actuar la pena.

Clama por una adecuación entre los hechos delictuales y los tipos de proceso enjuiciatorio de aquellos y con unas atinadas observaciones sobre el delito privado, termina con unas conclusiones de gran interés, entre las que sitúa la necesidad de la adecuación entre el Código Penal y la Ley Procesal sobre la base de una clasificación tripartita de las infracciones, la creación de un breve proceso para enjuiciar en una sola instancia y ante el Juez unipersonal determinados delitos, encomendar la investigación sumarial al Ministerio Fiscal asistido de la Policía Judicial, la de crear un tipo de proceso acusatorio, al modo anglosajón, para la persecución de delitos privados, la no admisión de la intervención de denunciante o querellante en la fase sumarial de delitos públicos y sí tan sólo a partir del plenario, el establecimiento de un proceso especial para los delitos culposos y la reglamentación de la posible utilización en los procesos penales de los modernos medios de investigación, comunicación y conocimiento, amparadores tanto de los derechos del presunto delincuente, de los de la víctima, de los de la sociedad y de los de la pura justicia.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO,
Magistrado

RODRIGUEZ SASTRE, Antonio: «Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «clean hands». Editorial de Derecho Financiero. Madrid, 1968, un volumen, 514 páginas.

Este libro del Dr. RODRÍGUEZ SASTRE, que acaba de aparecer, constituye una de las novedades editoriales más notables de los últimos meses y una obra de indudable trascendencia en nuestra literatura, tanto jurídica como económica y financiera. El tema general de las obligaciones en moneda extranjera es, sin duda, un tema de una gran importancia práctica, pero es también un tema jurídico con amplias ramificaciones dentro de la teoría general de las obligaciones y de los contratos, en la cual se encontraba hasta ahora huérfana de un tratamiento científico completo. Los tratadistas del Derecho de Obligaciones —especialmente el profesor Hernández Gil— le habían dedicado alguna atención, pero, como digo, en nuestro país no había sido estudiado en toda su amplitud.

La cuestión de las deudas de moneda extranjera presenta muy diversas facetas. Hay dentro de ella problemas que pertenecen al campo de lo estrictamente económico, como son todos los referentes al estudio del dinero, de la balanza de pagos o de los desplazamientos de moneda y de divisas desde el punto de vista de la situación económica general de un país. Hay, obviamente también, implicaciones de orden financiero. Es, finalmente, un problema estrictamente jurídico. Aun dentro de este último campo, es decir, en el campo de lo estrictamente jurídico, la cuestión de las obligaciones

en moneda extranjera presenta dos aspectos, que son también claramente diversos. Hay, por un lado, toda una serie de problemas que pertenecen a la órbita del Derecho Público, como son todas aquellas reglas jurídicas por medio de las cuales se organiza y se rige la intervención del Estado en el control de los cambios y en el mantenimiento de las cotizaciones de las divisas: reglas que pertenecen probablemente al campo del Derecho Administrativo o Económico, que algunos autores han llamado, con un neologismo de dudosa raíz castellana, Derecho Valutario. Se trata de una serie de reglas de fundamental naturaleza administrativa, por virtud de las cuales el Estado o alguno de sus órganos —entre nosotros el I. E. M. E.— fijan los cambios, ordenan que se obtengan autorizaciones o licencias administrativas para llevar a cabo las operaciones de las cuales resultan las obligaciones de moneda extranjera e imponen, mediante una relación de derecho público, la obligación o el deber de proveerse de las divisas extranjeras a través de la autoridad administrativa o de entregar a dicha autoridad administrativa las divisas obtenidas. En muy estrecha relación con el problema anterior, las obligaciones en moneda extranjera afectan también a lo que se ha podido llamar el Derecho Penal Económico, especialmente a través de la figura del delito financiero o delito monetario. Por último, el tema de las obligaciones en moneda extranjera es un tema estricto de Derecho Civil. Tanto por la limitación de la competencia de quien estas líneas redacta como por las páginas en que dichas líneas se publican, el comentario y la reseña, deben limitarse a este último punto, aun reconociendo, de antemano, la gran riqueza de ideas que este libro presenta en los campos económico, financiero y "ius" publicista que nosotros dejamos marginados.

Una obligación en moneda extranjera es, nos dice el autor, aquella que se caracteriza por la concurrencia de las dos notas siguientes: 1) se contrae entre personas residentes en distintos países, aun cuando tales personas posean una misma nacionalidad; y 2) la moneda utilizada en la transacción es ajena a la propia comunidad de pago. Esta última, sin embargo, es la consideración fundamental, puesto que es la que permite calificar de "extranjera" a la moneda. Por ello, se pueden distinguir las "obligaciones en moneda extranjera" y las "obligaciones monetarias internacionales". Las primeras pueden aparecer cuando ciudadanos de un mismo Estado conciernen obligaciones tomando como base una moneda extranjera. En estos casos la moneda extranjera está, dice el autor, *in prestatione*, pero no *in solutio*, de suerte que en tal caso lo que se hace es utilizar un índice monetario o una cláusula de estabilización; la cláusula valor moneda extranjera. Esta provechosa distinción que el autor traza, la permite centrar como objeto fundamental de su análisis el segundo de los tipos de obligaciones; es decir, las "obligaciones monetarias internacionales", que son aquellas que suponen una internalización de la obligación, y que, por consiguiente, entrañan un desplazamiento de signos o de unidades monetarias de un país a otro (pagos resultantes de operaciones de comercio internacional, servicios de una deuda externa estatal o de emisiones de obligaciones en moneda extranjera, indemnizaciones de guerra, etc.). Al internacionalizarse la obligación, nos dice el autor, se plantean específicos problemas, pues no actúan.

sólo de por medio la voluntad y la obligación jurídica de pagar, sino que entra también en juego la capacidad para hacerlo. Ya no se trata sólo de disponer de moneda, sino de poder transformarla en valores internacionales y aun de transferirla al exterior. Este problema es especialmente grave desde que como consecuencia de las guerras mundiales desapareció el régimen de libertad de cambio, que hasta entonces había regido bajo la égida del patrón oro, y cuando se desvaneció también la utópica aspiración a la autarquía económica. El control de cambios es un método que revoluciona la economía clásica como consecuencia del derrumbamiento de ésta a raíz de las dos conflagraciones mundiales y de la desaparición del patrón oro como regulador de las operaciones comerciales y monetarias. El fundamento del sistema del control de cambios ha de encontrarse en la "insuficiencia de medios de pago extranjeros" por lo cual "tal control debe contraerse estrictamente a las exigencias que la necesidad imponga" (pág. 62). Al sistema del control de cambios, nos dice también el autor, ha de atribuirsele, pues, un fundamento histórico más que un fundamento filosófico, y, por ello, aun cuando en casi todos los países se encuentra sentado sobre una base legal, "su desenvolvimiento tiene lugar, esencialmente, en el ámbito del Derecho Administrativo, incluso en su aspecto sancionador o represivo de las infracciones a través de organismos o jueces especiales" (pág. 63). Ocurre, sin embargo, como señala Lenkim, que los Estados no han modificado el Derecho Civil para ponerlo en concordancia con tales normas, lo que plantea el problema de las relaciones entre ambos sistemas dentro del ordenamiento jurídico general. El autor entiende, con razón, que debe otorgarse prioridad al Derecho Sustantivo, representado por las Constituciones y por los Códigos, "que son la base permanente de todo Estado". De aquí extrae dos importantes conclusiones (pág. 85): la primera, que la libertad y la autonomía de la voluntad —con la consiguiente responsabilidad— constituyen los principios generales. La segunda, consecuencia de la anterior, es que las normas jurídicas de limitación de la autonomía de la voluntad sólo se conciben como excepciones y, por consiguiente, han de interpretarse restrictivamente. Consecuencia jurídica ineludible de ello es la validez de las obligaciones en moneda extranjera.

El anterior planteamiento le permite al autor afrontar el tema relativo a si los contratos que violan las prescripciones administrativas de control de cambios son o no nulos. Parece claro, como ya había señalado Nussbaum, que no hay que hacer objeción alguna a aquellos contratos que han sido celebrados bajo la condición expresa o implícita de que el permiso o la licencia sea concedido. Pero, en cambio, el problema subsiste en términos generales. El autor entiende que "no parece que las cláusulas contractuales opuestas a las disposiciones de control de cambios deban anular sin más la libre voluntad de disposición en el caso concreto" y que "en términos de Derecho Civil puro no puede decirse que las leyes de régimen monetario hayan transformado los principios básicos ordinarios" (págs. 88 y 89). Tras hacer un detenido estudio de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el particular, llega a la conclusión de que el régimen del control de cambios no atenta a la contratación en el derecho privado (pág. 94), por lo cual el

contrato debe ser considerado como un acto válido, sin perjuicio de las sanciones que en otro terreno pueda recibir.

De esta suerte se pueden plantear dos situaciones: una, que el organismo competente conceda la autorización para efectuar el pago en divisas, caso en el cual no habrá problema alguno; y otra, que el deudor se encuentre con que no puede cumplir su compromiso, caso en el cual se encontrará ante un obstáculo oficial, frente a las autoridades del lugar, aunque ello no suponga una auténtica "imposibilidad", en el terreno del Derecho de Obligaciones.

Este es, a mi juicio, el segundo gran tema de Derecho Civil, que el estudio de la monografía del Dr. RODRÍGUEZ SASTRE nos sugiere: La aplicación de los conceptos de "imposibilidad", imprevisibilidad y fuerza mayor, a las obligaciones de moneda extranjera. El autor entiende, con razón, que el incumplimiento por imposibilidad objetiva no puede darse en materia de obligaciones dinerarias, ni siquiera cuando éstas han sido estipuladas en moneda extranjera (pág. 226). Ello es así, en primer lugar, porque se trata de deudas genéricas regidas por el principio "genus numquam perit" y, en segundo lugar, porque en todos aquellos casos en que se alega tal imposibilidad existirá negligencia, malicia o fraude. Bajo el término de imposibilidad se encubren hechos de imputabilidad y de responsabilidad subjetiva inherentes a la persona del deudor, el cual debe sufrir las consecuencias de sus actos.

Un supuesto distinto del de las obligaciones monetarias internacionales es el de las cláusulas en moneda extranjera, que son, en puridad, cláusulas de estabilización. El autor las define (pág. 145) como "estipulaciones contractuales destinadas a conseguir que una prestación pecuniaria represente en el momento del cumplimiento el mismo valor y poder adquisitivo que tenía la suma fijada al contratar". El tratar de luchar contra la depreciación de la moneda nada tiene de ilícito en sí mismo. Sin embargo, en los regímenes de curso legal y forzoso, algunos sectores doctrinales creen que toda cláusula que contribuya, al generalizarse su uso, a acelerar y a acentuar la depreciación de la moneda nacional, habrá de considerarse ilícita por considerarse que atenta contra el orden público. Sin embargo, en nuestro Derecho, a juicio del autor, nada impide la validez de este tipo de cláusulas. Con una excepción muy destacada: cuando "la elección de una moneda extranjera se haya hecho con fines inconfesables y no por razones de depreciación monetaria".

La última parte del libro (págs. 271-387) la dedica el autor a estudiar la doctrina de "clean hands" en las reclamaciones internacionales. Ha de abogarse, nos dice en el epílogo, por una razón general que refuerce el contenido ético de la vida de relación, el crédito y la confianza mutua, el sentido de la responsabilidad, la formación, en fin, de una conciencia colectiva, que supere las diferencias que separan a la humanidad y redunde en garantía de la paz entre los pueblos. La doctrina de "clean hands" o de "manos limpias", nacida en el seno del Derecho Anglosajón, puede ser un instrumento muy valioso para lograr este refuerzo del contenido ético en las relaciones jurídicas, y especialmente para reprimir todos aquellos casos

en que la utilización de una moneda extranjera pueda servir de ocasión al fraude o a la simulación. El autor estudia, con mucho detenimiento, el nacimiento de esta doctrina en los tribunales ingleses de equidad, como una exigencia de que quien demanda ante ellos se presente ante ellos con las manos limpias. El estudio del Derecho Anglosajón va acompañado y complementado por el estudio de las figuras del abuso del derecho (páginas 300 y ss.), de la teoría general del fraude de la ley y de las particulares doctrinas creadas para reprimir los especiales fraudes cometidos por el abuso de la persona jurídica. La aplicación de todo este temario al campo de las obligaciones en moneda extranjera es extraordinariamente sugestiva y extraordinariamente importante.

No creo que con las líneas que preceden haya sido posible dar otra cosa que una rápida impresión acerca de este libro, muy rico en problemática y en sugerencias. Dentro de él existen multitud de temas que, a lo largo de sus páginas, van aflorando: la idea del orden público; los derechos adquiridos y el derecho transitorio en relación con las deudas de moneda extranjera; los conflictos de leyes en las obligaciones monetarias internacionales; la cláusula *rebus sic stantibus*; el régimen jurídico de las inversiones de capital extranjero, etc., etc.

El libro aparece, además, enriquecido con más de setecientas notas de pie de página, algunas muy extensas y todas ellas de extraordinario interés. Posee unos índices completísimos de bibliografía, de materias tratadas y de conceptos utilizados en el texto. Se trata por ello de un libro de evidente utilidad para los juristas teóricos estudiosos del Derecho de Obligaciones, para los abogados y juristas prácticos y para todos los interesados en cuestiones económicas y financieras.

LUIS DÍEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil

VALLET DE GOYTISOLO, J.: «La libertad civil según los juristas de las regiones de derecho foral». Madrid, 1967. Discurso leído en la inauguración del curso 1967-1968 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Un volumen de 55 páginas.

Vallet, en este discurso, leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 4 de diciembre de 1967, nos deleita con uno de los temas que para el jurista posee no sólo la más alta significación, sino que es una de las finalidades permanentes por la que lucha constantemente para que se mantenga, si no quiere asistir a su propia muerte o a la eliminación del derecho mismo

Vallet comienza por preguntarse qué es y qué comprende la llamada libertad civil; se refiere a cómo sin libertad civil no hay verdadera libertad política; precisa el concepto abstracto de libertad, con mayúscula, y las libertades concretas, precisas y reales; parte de la libertad civil como condición de los pueblos libres; mantiene la libertad civil y su defensa por las costumbres comarcales y locales; expone los beneficios individuales de la libertad civil; descubre un sistema vestido, a veces, con ropaje doctrinal moderno,

pero asentado en el realismo cristiano tradicional; presenta cómo entendían la libertad los defensores de la libertad civil; establece la incompatibilidad del concepto de libertad con el Liberalismo; trata el juicio de Costa sobre el derecho, necesario en cuanto dado como tal por la naturaleza y el derecho voluntario, así como su proximidad a la percepción aristotélico-tomista; aborda la libertad encuadrada en la realidad de la naturaleza; la tierra en cuanto fuente de leyes y costumbres; resalta la justicia como valor intrínseco de la tierra y las costumbres como fórmulas de adaptación de la naturaleza y el derecho; explica la ruptura por el hombre moderno de su relación con el Universo, su principio y su fin; cree en la necesidad de restaurar las costumbres arraigadas en la realidad; discurre sobre la estructura social precisa para la libertad civil: pueblo y masa; indica la organización política apropiada para salvaguardar la libertad civil; habla de un sistema de cuerpos intermedios; hace ver cómo los autores extranjeros actuales vuelven los ojos a esta estructura social, y presenta la tesis de Brunner y la antítesis entre federalismo y totalitarismo; también la de Corte acerca de la comunidad vital de destino y el Estado totalitario con la solución de los cuerpos intermedios.

En definitiva, Vallet ha pasado examen de las cuestiones más fundamentales: de la libertad civil y pone al jurista en guardia de frente a los peligros que le acechan si esta libertad llega a cercenarse. Su estudio, erudito y profundo, es de un gran valor y de ejemplar enseñanza.

JOSÉ BONET CORREA

ZIEHM, H.: «Die Wertsicherungsklauseln im deutschen Recht». Hamburg, 1966. Editorial Claus Gerber. Un volumen de XVI + 196 páginas.

La literatura jurídica alemana sobre cláusulas de estabilización es ciertamente importante en estas últimas décadas a pesar de que es el país europeo que ha logrado mantener su nueva moneda a niveles que la califican de "fuerte" y que su legislación especial monetaria las ha prohibido de un modo general, si bien quepan algunas autorizaciones para ciertas relaciones y negocios jurídicos.

Como es sabido las cláusulas de estabilización, en cuanto remedio que añaden los privados a sus relaciones y negocios jurídicos pecuniarios a largo plazo para defenderse de las alteraciones monetarias, son concebidas de diverso modo en su redacción instrumental (cláusulas valor oro o plata, moneda extranjera, de escala móvil, etc.), de modo que la moneda preceptiva de pago, que suele ser la local o de curso legal, se dé o reciba en la cantidad suficiente con relación al índice de valor elegido por las partes en la transacción pactada.

A pesar de que en la economía actual de la República Federal Alemana se presenta una estabilidad monetaria relativamente firme, la doctrina no deja de olvidar las amargas experiencias pasadas de las grandes inflaciones, por lo cual, ya como recuerdo, bien como aleccionamiento, o simplemente

como sistematización de las posibilidades presentes de su admisión en la nueva legislación monetaria, son objeto de estudio.

La obra del doctor ZIEHM contiene, además del análisis de su concepto, fundamento y significación, modalidades y otros aspectos de las cláusulas de estabilización, que son materia preferente de su introducción, el nuevo desarrollo que plantean en la actual controversia entre el valorismo y el nominalismo.

El análisis histórico de la pequeña historia alemana de las cláusulas de estabilización, aparecidas a partir de la grave crisis del año 1914 hasta la reforma monetaria de 1948, no falta en esta obra, si bien su contenido fundamental está dedicado a la interpretación del § 3 de la Ley Monetaria y las posibilidades de su admisión dentro de la casuística obligacional y contractual.

La obra es de gran interés documental e informativo, ya que aporta elementos de trabajo, datos legislativos, jurisprudenciales y un completo elenco bibliográfico de la literatura alemana en materia de cláusulas de estabilización, así como un índice de materias tratadas en la obra, sistematizando y facilitando la búsqueda de cuestiones concretas dentro del actual complejo cuadro de modalidades que esta técnica estabilizadora plantea en las relaciones jurídicas.

JOSÉ BONET CORREA

REVISTAS

A cargo de Rodrigo BERCOVITZ R.-CANO
José Manuel BURGOS PEREZ
Antonio Manuel MORALES MORENO

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

ALBALADEJO, Manuel: *La interrupción de la prescripción estintiva civil por acto de conciliación no seguido por demanda*, RGLJ, año CXVI, tomo LV (223 de la Colección), núm. 5, noviembre 1967; págs. 709-736.

Ante el silencio legal en la exigencia de la interposición de la demanda con posterioridad al acto de conciliación en el plazo de dos meses, del artículo 1.973 del Código civil, cabe aplicar por analogía los artículos 479 L. E. C. y 1.947 C. c., o entender que ante el silencio de la ley no se exige tal requisito. El autor, en contra de la opinión jurisprudencial, se inclina por esta última solución, no sin haber analizado detenidamente la jurisprudencia existente sobre esta materia. Después estudia la validez del acto conciliatorio no seguido de demanda en concepto de simple reclamación o reconocimiento, analizando la postura de la doctrina y jurisprudencia y defendiendo el autor la solución afirmativa.

JAHR, Günther: *Romanistische Beiträge zur modernen Zivilrechtswissenschaft*, ACP-1968, vol. 1, págs. 9-26.

El autor considera necesario el estudio del Derecho civil en relación con otras ciencias tanto jurídicas como extrajurídicas. Esto supone ponerlo en contacto con la realidad histórica; por lo que es importante practicarlo tanto cuando se acude al Derecho comparado como para acudir a sistemas jurídicos que han perdido su vigencia. Todo lo que sería encajable en una Teoría General del Derecho civil. Llega a estas conclusiones precisamente a través de una serie de ejemplos de comparación entre el Derecho romano y el Derecho alemán. Por ello, cree que el primero debe volver a ocupar un sitio en la misma ciencia jurídica civilística.

MARÍN PÉREZ, Pascual: *El nuevo Código civil portugués* RGLJ, año CXVI, tomo LV (223 de la Colección), núm. 4, octubre 1967; págs. 446-480.

Ante la necesaria acomodación del Derecho privado a los principios fundamentales que inspiran el Derecho de nuestro tiempo, se procede a la revisión y modificación del Código civil portugués. En 1944 se nombra la comisión y se señalan, entre otras, como directrices fundamentales, la inspiración social, la adop-

ción de la sistematización del Código Civil alemán, la no aceptación de la costumbre como fuente del Derecho, etc. Desde 1944 hasta el 25 de noviembre de 1966 sufre varias modificaciones. El autor estudia la estructura, sistemática, contenido y directrices de este novísimo Código Civil portugués, y termina poniendo de ejemplo su técnica y política jurídica para los países que mantienen los viejos. Códigos del Siglo XIX.

2. Derechos de la persona

ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, Joaquín: *En torno a los conceptos de "abandonado" y "expósito" como sujetos de la adopción*, RGLJ, año CXVI, tomo LV (223 de la Colección), núm. 3, septiembre 1967; págs. 323-342.

La Ley de 24 de abril de 1958, al referirse a la adopción plena, hace expresa reserva de esta forma de adopción a favor de los abandonados o expósitos, pero ni define, ni describe tales conceptos. Es necesario para precisarlos, acudir al Código Penal donde encontramos tales nociones subyacentes en las infracciones relativas al abandono de niños y exposición de menores, si bien no es defendible una transposición absoluta al campo civil, pues el concepto civil abarca supuestos más amplios que los estrictos de los delitos referidos. Por ello el autor examina los requisitos legalmente definitorios de los conceptos de abandono y expósito, así como los elementos específicos que los definen.

BATLLE, Manuel: *Consideraciones sobre la nueva Ley de libertad religiosa y el Derecho privado civil*, RGLJ, año CXVI, tomo LV (223 de la Colección), núm. 5, noviembre 1967; págs. 655-675.

Aunque la Ley de 28 de junio de 1967 se refiere fundamentalmente a las libertades políticas, tienen una indudable repercusión inmediata en las situaciones de Derecho privado. La nueva concepción viene a cambiar el contenido actual en ciertos conceptos generales, como la moral, el Orden Público y las buenas costumbres, aunque no dejen de persistir en su esencia y principios fundamentales. Asimismo, la Ley afecta con carácter permisivo al matrimonio. El autor estudia las repercusiones de la Ley en estas instituciones, así como en la patria potestad, la emancipación, la adopción, la tutela y el Derecho sucesorio.

3. Derechos reales

DEUTSCH, Erwin: *Die Dokumentationsfreiheit im Urheberrecht*, NJW, 1967, vol. 31, págs. 1393-98.

La publicación de escritos con valor político o histórico no aparece expresamente regulado en la Ley sobre la propiedad intelectual (URG). Sin embargo, la libertad de uso de esta documentación es exigencia del interés público, respon-

diendo, además, a los preceptos de la Ley Fundamental. Naturalmente su publicación debe producir una obligación de remunerar al autor, así como de reflejar fielmente las ideas de este, ya que, de lo contrario, se violaría el derecho de la personalidad de éste.

GÓMEZ CALERO, Juan: *La servidumbre de paso de energía eléctrica*, RGLJ, año CXVI, tomo LV (223 de la Colección); núm. 6, diciembre 1967; págs. 838-906.

La Ley de 18 de marzo de 1966, sobre expropiación forzosa y sanciones en materia de instalaciones eléctricas tiene por objeto regular la servidumbre de paso de energía eléctrica, cuando el destino de ésta sea el servicio público. Ante tal especial legalidad el autor estudia el concepto y naturaleza de esta servidumbre, sus elementos, las formas de constitución y los modos de extinción.

MOZOS, José Luis de los: *La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión de dominio*, RGLJ, año CXVI, tomo LV (223 de la Colección), núms. 1-2, julio-agosto 1967; págs. 72-141.

Con Savigny cambia, también, y principalmente en el Derecho alemán, el fundamento de la transmisión de dominio. Al reaccionar contra el método romanista de su época pretende liberar al Derecho de los excesos del Derecho Natural racionalista y de la Ilustración. Con anterioridad a Savigny se acepta la teoría del título y el modo. El autor estudia la posición savigniana, sus precedentes e influencias, afirmando que con Savigny la ciencia jurídica había ido demasiado lejos al quedar separado de su fundamento material el acto jurídico más importante del Derecho civil patrimonial, como es la transmisión de la propiedad por actos inter vivos.

WAGNER Heinz: *Die Abgrenzung von Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff*, NJW, 1967, vol. 50, págs. 2333-8.

El concepto de ingerencia en la propiedad análoga a la expropiación es creación del BGH, para cubrir una laguna legal en la indemnización por ingerencias contrarias a Derecho, pero no culposas. De ahí surge el problema de su delimitación frente al concepto de expropiación. Esta es siempre una ingerencia legal voluntaria y orientada a la adquisición forzosa del dominio. Mientras que en la base del concepto jurisprudencial encontramos una medida ilegal, voluntaria y dirigida a un fin determinado, o la repercusión de una medida involuntaria.

4. Obligaciones y contratos

BUCHNER, Herbert: *Die Beurteilung des Verschuldens im Bürgerlichen Recht*, NJW, 1967, vol. 51, págs. 2381-7.

Se critican dos sentencias, una del BGH de 20 de diciembre de 1966 y otra del BGA de 18 de enero de 1966, de acuerdo con las cuales la diligencia o culpabilidad de un acto causante de un daño puede ser enjuiciada diversamente, según que sea en relación con la persona dañada o con terceros.

COING, Helmut: *Grundlagenirrtum bei vorweggenommener Erbfolge*, NJW, 1967, vol. 39, págs. 1177-80.

El autor aplica a los negocios cuyo objeto es la anticipación de la sucesión "mortis causa" el criterio de Flume con respecto a la base del negocio, según el cual hay que prescindir de esta figura y acudir a la propia regla negocial para determinar el reparto del riesgo entre las partes.

GUDIAN, Gunter: *Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers*, NJW, 1967, vol. 39, págs. 1786-89.

Constituye objeto de polémica la opción entre el carácter real u obligacional del derecho a poseer que corresponde al comprador, junto con su derecho de expectativa sobre la propiedad en las compraventas con pacto de reserva de dominio. El autor, basándose en el equilibrio de intereses opta por la naturaleza personal del derecho.

HABSCHEID, Walter J.: *Zur Heilung formnichtiger Erbteilsaufverträge*, ZGF, 1968, vol. 1, págs. 13-15.

El autor critica una sentencia del BGH de 2 de febrero de 1967, en la que este niega que el defecto de forma de un contrato de compraventa de la parte correspondiente a un heredero sobre el caudal relicito pueda quedar subsanado por el negocio de ejecución realizado con la forma adecuada.

HOFFMANN, Hans-Joachim: *Die Fragwürdigkeit der Haftung für diligentia quam suis*, NJW, 1967, vol. 27, págs. 1207-10.

La sentencia del BGH de 20 de diciembre de 1966 constituye un paso decisivo en la supresión de la responsabilidad que nace de la diligencia exigible de acuerdo con la que uno emplea en los propios asuntos, suprimiendo su aplicación (§§ 708 y 1359 del BGB) para el tráfico rodado. Los considerandos no son abso-

lutamente satisfactorios; pero el autor aplaude el resultado, criticando la subsistencia de este tipo privilegiado de responsabilidad.

LAUFS, Adolf: *Mehrere Geschäftsherren bei der negotiorum gestio*, NJW. 1967, vol. 49, págs. 2294-98.

El autor trata los problemas que surgen en torno a la obligación de indemnizar que nace de la gestión de negocios ajenos, cuando la actividad del gestor redonda en beneficio de varios interesados en la misma.

MICHAELIS, Gustav Eduard: *Rechtsmängelhaftung bei Belastung des Kaufgegenstandes mit Rechten Dritter*, NJW, 1967, vol. 51, págs. 2391-3.

Frente a la opinión dominante, el autor mantiene, junto con Flume y Staudinger-Oestler, que el vendedor debe responder al comprador por los "vicios" de los gravámenes que recaen sobre el bien objeto de la venta, cuando los datos suministrados por aquél sobre los mismos no sean ciertos.

MÖLLERS, Elmar: *Abzahlungsgeschäft und Verjährung*, NJW, 1967, vol. 46, págs. 2145-6.

El BGH puso fin con su sentencia de 24 de enero de 1961 a la polémica sobre la posible extensión de la prescripción del crédito nacido del precio en la compraventa a la garantía real de la reserva de dominio, adoptando una postura negativa al respecto. El autor contrasta esta solución en su aplicación a los negocios a plazos.

MÖLLERS, Elmar: *Der Bundesgerichtshof zur Teilzahlungsfinanzierung*, NJW, 1967, vol. 39, págs. 1782-86.

En este trabajo se estudia la tendencia que muestra la jurisprudencia del BGH a dar relevancia frente al finanziador a plazos de las compraventas a las excepciones del comprador nacidas del contrato de compraventa, tanto en la forma de financiación a través del vendedor, como en la realizada directamente al comprador.

PLANS SANZ DE BREMOND, José María: *Magnitud y sentido de la revalorización de las rentas urbanas*, RGLJ, año CXVI, tomo LV (223 de la Colección), núm. 3, septiembre 1967; págs. 309-352.

En el arrendamiento se cede la utilidad de la habitación por un precio, con el que se adquieren, a su vez, nuevas mercancías o bienes económicos, por lo qué, en definitiva, habrá un cambio de utilidad de la habitación por mercancías o bienes.

económicos. Pero el propio dinero, intermediario en el trueque, puede producir un desequilibrio cuando aparece un alza general de precios, si no se sube al mismo tiempo el precio del uso arrendaticio. Con esta premisa, el autor estudia el movimiento inflacionista de los precios en los últimos años y la revalorización de las rentas urbanas; y termina apuntando que el problema de la revalorización de rentas es una cuestión de adaptación entre los precios arrendaticios y los generales de las cosas.

REINICKE, Dietrich: *Der Zeitpunkt, zu dem die subjektiven Voraussetzungen bei der Übernahme eines Vermögens im Sinne des § 419 BGB vorliegen müssen*, NJW, 1967, vol. 28, págs. 1249-55.

El § 419 extiende al cesionario de un patrimonio la responsabilidad por las deudas que el cedente tenía. Esto se aplica también a la cesión de cualquier bien cuando éste constituye de afecto, el patrimonio del cedente. Ahora bien, según la doctrina dominante, es presupuesto objetivo de la aplicación del § 419 que el cesionario sepa que recibe el patrimonio del cedente. En el artículo se trata de determinar el momento en que este requisito debe producirse para surtir el efecto señalado.

ROTONDI, Mario: *La unificación del Derecho de las obligaciones civiles y mercantiles en Italia*, RDM, vol. XLIH, núm. 104, abril-julio, 1967; págs. 301-337.

La reforma de los Códigos en Italia, realizada durante la guerra, sólo después de terminada ésta, se ha difundido por el extranjero, siendo en general poco conocida. El perfil profesional y corporativo del Derecho mercantil ha cesado de ser privilegio de una rama especial del Derecho, para llegar a ser en general del Derecho de la economía y el trabajo en el plano corporativo. Si el Derecho Mercantil como Derecho autónomo había surgido por razones puramente históricas, se debía reconocer que éstas eran transínticas y condicionadas a ciertas situaciones económicas y sociales. Ante este panorama y el nuevo Código de las obligaciones italiano, el autor hace un examen de los proyectos legales y de las causas de la unificación.

SCHREIBER, Rupert: *Die rechtliche Beurteilung allgemeiner Geschäftsbedingungen*, NJW, 1967, vol. 32, págs. 1441-46.

Cuando las partes introducen en el contrato cláusulas generales de contratación con pleno conocimiento de su contenido, estas no plantean problemas en cuanto a su regulación en el BGB. Por el contrario, éste no permite solucionar el caso en que las cláusulas se hayan acordado sin conocimiento de su contenido. La solución dependerá de la respuesta que se dé a la cuestión sobre la posibilidad de una declaración de voluntad que se refiera a un texto desconocido. Se niega eficaz-

cia a las cláusulas generales de contratación cuando la regulación correspondiente del BGB tiene a aumentar la función reguladora del ordenamiento privado. Las cláusulas generales de contratación no pueden ser consideradas como parte integrante del contrato cuando no hayan sido acordadas.

ZUGEHÖR, Horst: *Pauschalierter Schadenersatz*, NJW, 1967, vol. 41, páginas 1895-7.

En este artículo se condena, como uso de la autonomía privada contrario a la buena fe, la inclusión de cláusulas contractuales por las que se fija a priori la indemnización en caso de incumplimiento, sin necesidad de probar la existencia de daños.

5. Derechos de familia

DEUBNER, Karl G.: *Zum Ausgleichsanspruch des ausserehelichen Scheinvaters gegen den wirklichen Erzeuger*, NJW, 1967, vol. 42, págs. 1947-8.

La nueva redacción del 644 de la ZPO ofrece al padre aparente (en función de la presunción del § 1717 del BGB) la posibilidad de eliminar la eficacia de la condena a alimentos mediante una acción sobre el estado civil. En la aplicación de esta norma el BGBH niega que el padre aparente pueda pedir indemnización al verdadero por los alimentos ya prestados; orientación criticada en este trabajo.

KÄMMERER, Ludwig: *Die Rechtsnatur der Schlüsselgewalt*, ZGF, 1968, vol. 1, págs. 10-13.

El artículo versa sobre la configuración del poder de llaves de la mujer (regulado en el § 1357, I del BGB) como una función familiar "sui generis", en la que los efectos que se producen directamente frente al marido se justifican mediante la figura del contrato a favor o a cargo de tercero. El § 1357 concede a la mujer un derecho especial que amplía la esfera de capacidad de obrar correspondiente a la autonomía privada. Capacidad de obrar privilegiada que permite en el propio nombre, actuar con eficacia directa para un tercero. Son aplicables a esta capacidad numerosas normas pertenecientes a la representación.

SCHMIDT-FUTTERER, Wolfgang: *Die Räumungsfrist bei der Zuteilung der Ehewohnung*, NJW, 1967, vol. 29, págs. 1308-10.

El Reglamento de 21 de octubre de 1944 dispone un procedimiento especial para determinar quién permanecerá en el domicilio conyugal en los casos de separación matrimonial cuando las partes no se pongan de acuerdo. El autor estudia un aspecto de dicha situación jurídica normalmente descuidado por la doctrina: la

determinación del plazo que se concede al cónyuge en cuestión para abandonar dicho domicilio.

6. Derecho de sucesiones

BUNGEROTH, Erhard: *Zur Wirksamkeit von Verfügungen über bedingte vermachte Gegenstände*, NJW, 1967, vol. 30, págs. 1357-8.

Se rechaza una opinión bastante extendida en la doctrina, según la cual el § 2179 del BGB da pie para aplicar el 161 a los legados sometidos a condición suspensiva; con lo que las disposiciones hechas sobre el objeto del legado durante el período de pendencia serían ineficaces frente al legatario.

III. DERECHO MERCANTIL

PELICER VALERO, Jesús Agustín: *Las prácticas abusivas*, RDM, vol. XLIII, núm. 104, abril-julio 1967; págs. 339-445.

Ante la promulgación de la Ley de 20 de julio de 1963 el autor estudia las prácticas abusivas, atendiendo que la Ley no prohíbe la posición dominante, sino las mismas prácticas abusivas. Hace un estudio especial de los monopolios estatales, analizando en los mismos los conceptos de posición dominante y prácticas abusivas que estudia también aisladamente a la luz todo ello de la Ley española y enmarcado en el panorama internacional de Derecho comparado.

2. Comerciantes y sociedades

BARRERA GRAF, Jorge: *Sujetos del Derecho mercantil*, RDM, vol. XLIII, núm. 103, enero-marzo 1967; págs. 7-73.

El autor mejicano trata de la problemática inherente a los sujetos mercantiles, centrando su atención principalmente en el comerciante individual en el Derecho Mejicano, analizando los distintos sujetos del Derecho Mercantil y la capacidad necesaria para ser comerciante. En cuanto a la publicidad de la cualidad de comerciante, se extiende el autor en un estudio sobre el sistema potestativo de inscripción, modificado prácticamente por la obligatoria inscripción de oficio desde el momento en que se presenta un documento en el Registro, aunque con la particularidad de no existir un Registro de Comerciantes, sino de comercio, en que se inscriben fundamentalmente, negocios jurídicos y documentos.

GRAMLICH, Willy: *Die Einlageforderung der Kommanditgesellschaft gegen einen Kommanditisten als Kreditsicherungsmittel*, NJW, 1967, vol. 32, págs. 1447-51.

Se trata de saber si la cesión del crédito que la sociedad comanditaria tiene frente al socio comanditario por el importe de su aportación puede constituir una

garantía segura para el dador de crédito La conclusión es afirmativa, ya que con ello se extingue la responsabilidad personal del socio comanditario frente a los demás acreedores de la sociedad.

4. Obligaciones y contratos

PUENTE MUÑOZ, Teresa: *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro*, RDM, vol. XLIII, núm. 103, enero-marzo 1967; págs. 75-130.

Es cada vez más frecuente en la esfera de la contratación mercantil la utilización del caso de exclusiva en aquellos contratos que de algún modo suponen una actividad competitiva. De este modo en la delimitación estructural del pacto de exclusiva, debe partirse de su consideración de pacto que vincula a las partes, y también de su significación de medio limitativo de la competencia. En este sentido estudia la autora los distintos supuestos de exclusiva, en atención a la parte contratante a la que acepta, así como la problemática de contrato en exclusiva: Su eficacia y límites, afirmando que sólo es válido el pacto de exclusiva sometido a límites temporales.

ROTONDI, Mario: *La limitación de la responsabilidad en la empresa individual*, RGLJ, año CXVI, tomo LV (223 de la Colección), núm. 6, diciembre 1967; págs. 805-837.

Llegará un día en que, desembarazados del peso de la tradición, se encontrará del todo natural que un individuo pueda destinár con independencia una parte de su patrimonio a la exclusiva garantía de la responsabilidad derivada de una actividad específica. Esta posibilidad se la vienen planteando los autores desde GESSEL. El autor estudia las posiciones doctrinales y los proyectos legislativos en relación con el problema, así como la conveniencia de adoptar esta limitación de responsabilidad individual mediante su reconocimiento legislativo.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

- BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).
- BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).
- BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
- BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
- BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
- BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
- BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
- BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
- ODA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).

- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RFL = Revista del Foro (Lima).
RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).

- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Società (Milán).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercia (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

1. *No es increíble una escritura de constitución de propiedad horizontal en la que el inmueble aparece dividido en tres pisos independientes que corresponden, respectivamente, a cada uno de los dos bajos derecha e izquierda, y el tercero al resto de las seis plantas y media del edificio, por estimar que este resto no puede configurarse como una sola finca susceptible de aprovechamiento independiente, desde el momento en que las seis plantas aparecen arrendadas a doce inquilinos diferentes, lo que implica falta de unidad económica o de otro tipo, necesaria para que se dé el presupuesto legal.*

Para tratar de solucionar esta cuestión cabe adoptar dos posiciones extremas: o bien, seguir una orientación que, basada en el libre juego de la autonomía de la voluntad, autoriza al propietario a dividir el inmueble en cuantos pisos o locales independientes estime oportuno, o bien, entender que debe describirse como finca todo aquello que constituya "un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente", siempre que además tenga "salida propia a un elemento común o a la vía pública", según dispone el artículo 396 del Código civil.

La primera de las orientaciones no parece pueda aceptarse de una manera total, por pugnar con el carácter eminentemente imperativo de la Ley que regula la propiedad horizontal, y especialmente con lo ordenado en su artículo 5.^º, al decir "El título constitutivo de la propiedad por pisos y locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará número correlativo". Así como con el artículo 8.^º, número 4.^º de la Ley Hipotecaria, que dispone que: "En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo"; todo ello sin desconocer que también la autonomía de la voluntad juega en esta materia un importante papel, y que, en determinados casos, las necesidades e imposiciones de la realidad, siempre que no contradigan preceptos legales pueden tener el adecuado reflejo en las escrituras que sirvan de título a este régimen de propiedad.

La segunda orientación tampoco puede aceptarse en términos absolutos ya que la necesidad de que la propiedad horizontal sea total sobre un determinado edificio o implica que todo piso o local, incluido desvanes, sótanos, trasteros y anejos de toda clase que sean susceptibles de aprovechamiento independiente y tengan salida a un elemento común o la vía

pública, deban constituirse como propiedad separada con su respectiva cuota, aunque estuvieren destinados al servicio de otros locales independientes o adscritos como elementos comunes al servicio de todos los propietarios.

Para determinar cuándo nos encontramos ante un piso o local susceptible de inscribirse en forma independiente y como una sola finca en el Registro de la Propiedad, habrá que acudir —dentro de las normas de la Ley— a la auténtica situación real existente, sin poder someterse a criterios fijos que impidirían la necesaria elasticidad que Notarios y Registradores con su buen criterio deben adoptar en esta materia a fin de que, además de tener en cuenta la unidad física —derivada de los propios elementos arquitectónicos que no cabe desconocer—, o incluso económica, funcional o de destino (en el supuesto de almacenes, hoteles, etc.), se valoren todas las circunstancias de cada caso y se llegue a la concreción de todo lo que constituye el elemento físico, para lo cual, si bien, en principio, la autonomía de las partes interesadas puede ser soberana, siempre habrá de atenerse a aquellas circunstancias, con el fin de que no resulten fincas anormales o poco acordes con la realidad.

A mayor abundamiento, se deduce esta misma solución del artículo 8.^º de la misma Ley de Propiedad Horizontal, ya que si permite agrupar pisos o locales colindantes es porque tiene en cuenta que, en determinadas ocasiones, hay casos en que tal situación puede tener lugar y, al aparecer autorizado por la Ley después de haberse formalizado esta clase de propiedad lo mismo puede realizarse directamente en el momento de su constitución con lo que se evitarán toda serie de operaciones e inscripciones innecesarias que irían en detrimento de la claridad y sencillez que debe ser norma en todo asiento registral.

En el presente caso es de advertir que en la finca discutida no hay elementos suficientes para configurarla como una sola, susceptible de aprovechamiento independiente, desde el momento en que las seis plantas que se pretende constituyan finca única aparecen arrendadas a 12 inquilinos diferentes, lo que implica esa falta de unidad, económica o de otro tipo, necesaria para que se dé el presupuesto legal. (Res. de 16 de septiembre de 1967. "Boletín Oficial" del 29 de septiembre.)

2. *Es inscribible dados los términos del artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, una escritura de préstamo hipotecario otorgada antes de haber transcurrido los dos años de adquisición del piso, en virtud del derecho de tanteo por el inquilino deudor, en la que no se hace constar la declaración de haber venido a peor fortuna.*

La Ley de Arrendamientos de 1956, siguiendo el precedente de la anterior de 1946, regula el retracto arrendaticio de fincas urbanas como un beneficio legal establecido en favor del inquilino que ocupa un piso a fin de facilitarle el acceso a la propiedad que le resuelva el problema de la vivienda y evite el conflicto que podría surgir al pasar el dominio del

inmueble arrendado a una tercera persona. Pero a fin de impedir que el amparo de este beneficio pudieran realizarse negocios de especulación, el artículo 15 de la Ley citada prohíbe la enajenación de los pisos adquiridos por el ejercicio de aquel derecho durante el plazo de dos años pues de otra manera se quebrantaría la finalidad social perseguida.

Dado que la hipoteca, como derecho real de realización de un valor, lleva implícita una transmisión por acto inter vivos en el caso de incumplimiento de sus obligaciones por el deudor, hay que entender, en principio, que tal acto se encuentra comprendido dentro de la limitación del "jus disponendi" que establece el artículo 51 y amenazado por tanto, de resolución a instancia de parte interesada, salvo en los casos de que acreedor y deudor hayan convenido en no ejercitar la acción hipotecaria hasta que pueda enajenarse libremente el piso adquirido o en el supuesto excepcional de que el titular retrayente se encuentre en la situación señalada en la última parte del párrafo primero de dicho artículo, de haber venido a peor fortuna.

El propio artículo 51, en su párrafo segundo, determina los efectos del incumplimiento de esta prohibición, sin declarar la nulidad del acto realizado y estableciendo una solución diferente y con menor alcance que la estatuida para el supuesto de una finca rústica, puesto que sólo se producirá si lo solicita, en el procedimiento judicial correspondiente, la parte perjudicada. (Res. de 22 de septiembre de 1967. "Boletín Oficial" del 14 de octubre.)

3. *Si se trata de títulos contradictorios, la escritura que con las debidas formalidades tuviera acceso al Registro en primer lugar, será lo que gozará de los beneficios del sistema.*

ANTECEDENTES

Inscrita en el Registro una escritura de compraventa de participaciones indivisas de fincas con precio aplazado con condición resolutoria de pleno derecho en caso de falta de pago de alguna anualidad se interpuso por el comunero, don José Ll. G., titular de la mitad indivisa de las fincas vendidas, juicio de retracto con consignación y fianza del precio aplazado, cuya consignación fue aceptada por el Juzgado que condenó en rebeldía a la compradora doña Dolores P. B., a otorgar a favor del actor escritura de compraventa de dichas participaciones. El mandamiento de esta sentencia se presentó en el Registro el 22 de mayo, tomándose anotación preventiva por defectos subsanables.

El día 9 de junio la vendedora doña Asunción V. T., por no haber recibido el primer plazo convenido en la primera escritura de venta, comunicó notarialmente a la compradora doña Dolores P. B. que de conformidad con lo estipulado quedaba resuelta la venta. El acta correspondiente se presentó en el Registro, junto con la escritura de venta, el 23 de junio, y el 3 de julio se otorgó por el Juez de Cervera, en rebeldía de-

doña Dolores P. B., escritura de venta de las participaciones que había adquirido de las fincas, en favor del retrayente don José Ll. G., que fue presentada en el Registro el día 9 de julio e inscrita el 19 del mismo mes.

En la copia del acta por la que se comunicó la resolución de la venta y en la escritura de venta que la acompañaba, puso el Registrador la siguiente nota: "Denegada la inscripción...: primero, porque las fincas figuran inscritas a favor del tercero, José Ll. G., en virtud de ejecución de sentencia dictada en juicio de retracto de comuneros, y segundo, porque en el referido juicio se dictó providencia judicial, considerando verificado el pago del precio aplazado por consignación del actor, no pudiendo, por tanto, tener eficacia contra el mismo los efectos resolutorios del artículo 11 de la Ley Hipotecaria. No se ha practicado operación alguna en cuanto a la participación vendida de las fincas primera y última por falta de previa inscripción."

Interpuesto recurso gubernativo por doña Asunción V. T., la Dirección General confirma la nota del Registrador en mérito de la siguiente doctrina:

A) Los efectos de las condiciones resolutorias inscritas en el Registro de la Propiedad afectan a todo adquirente de un inmueble gravado por esta carga, al tener pendiente su derecho del posible ejercicio de la acción resolutoria por el titular, siempre que hayan tenido lugar las circunstancias que la sirven de fundamento y se haya realizado, cuando se trate de una venta, la notificación judicial o notarial, a que se refiere el artículo 1.504 del Código civil y el 59 del Reglamento Hipotecario.

Sobre esta base y al no haber recibido en 1 de enero de 1965 la vendedora doña Asunción V., la parte del precio que en ese día debería haberse entregado, notificó el 19 de junio del mismo año a la compradora su voluntad de dar por resuelto el contrato de compraventa pactado, por lo que hay que examinar si esta notificación reúne los requisitos legales necesarios para, junto con la escritura de venta, provocar la nueva inscripción a favor de la vendedora.

Al interponer un comunero demanda de juicio de retracto, y obtener sentencia favorable, se presentó en el Registro el 22 de mayo de 1965 testimonio de la misma —o sea, antes de la práctica del requerimiento a la compradora—, de la que se tomó anotación preventiva por defecto subsanable, y dentro del plazo del asiento de presentación tuvo entrada la escritura de 3 de julio del año, en ejecución de la sentencia anterior, por la que el retrayente adquiría las cuotas indivisas del inmueble, que fueron inscritas a su nombre, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, se ha de considerar, como fecha de su inscripción la del asiento de presentación, es decir el 22 de mayo.

De esta forma, el funcionario calificador aplicó correctamente el principio de prioridad regulado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, de

despachar los documentos ingresados en el Registro por orden cronológico de su presentación, así como la reiterada doctrina del Centro de que si se trata de títulos contradictorios, la escritura que con las debidas formalidades tuviera acceso en primer lugar será la que gozará de los beneficios del sistema, siempre teniendo en cuenta la facultad y deber que los Registradores tienen de examinar los documentos pendientes de despacho que puedan contribuir a una más acertada calificación y a evitar la práctica de asientos inútiles o innecesarios.

B) Según el artículo 1.521 del Código civil, el retrayente se subroga en las mismas condiciones estipuladas en el contrato en el lugar del comprador, de manera que, salvo en el cambio de persona, queda subsistente en todo el contrato pactado, y por eso se considera que existe una sola transmisión tanto a efectos fiscales como civiles, y de ahí que el retraído no responda del saneamiento al retrayente, y éste, a su vez, tenga acción directa contra el vendedor e incluso no sea necesario demandar a este último, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin que ello suponga vulnerar el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oido y vencido en juicio.

De todo lo expuesto se deduce que la notificación hecha el 19 de junio de 1965 por la vendedora doña Asunción V., no se practicó a la persona que, según el Registro, podía aparecer como dueña del inmueble por ser comprador directo del mismo y, al no haberse realizado correctamente este requerimiento, falta, por tanto, uno de los requisitos esenciales establecidos en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario para poder prácticar la nueva inscripción y además, a mayor abundamiento, la propia sentencia declara bien hecha la consignación del precio por el retrayente —sin que al funcionario le sea dado entrar en el fundamento de esta decisión de acuerdo con el artículo 18 de la Ley y 99 de su Reglamento— a favor de la vendedora, cuestión esta que los interesados podrán ventilar en el procedimiento correspondiente, y sin que, por otra parte, lo expuesto signifique desconocer los efectos naturales de toda condición resolutoria, que en este caso continuará subsistente, siempre que se cumplan los requisitos legales. (Res. de 26 de septiembre de 1967. "Boletín Oficial" del 19 de octubre.)

DERECHO CIVIL

Naturaleza y efectos del "derecho de transmisión" o "ius transmisionis" y su influencia en el principio de trato sucesivo.

A) El "ius delationis" o derecho de aceptar una herencia, intransmisible en un principio en el Derecho romano, sufrió en este mismo Derecho una evolución en favor de su transmisibilidad, que con carácter general aparece recogida por la mayoría de las legislaciones modernas, de la que no es excepción el Código civil español, el cual, en el artículo

1.006, establece que por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía, consagrando en forma clara y terminante el llamado "ius transmisionis".

En virtud de esta situación, los herederos universales del primer llamado entran en posesión de la herencia del primer causante a través del derecho recibido del transmitente y en la misma proporción en que éste los ha instituido, una vez aceptada su herencia, ya que el propio "ius delationis" es uno de los derechos que integran la masa hereditaria de la persona a la que suceden, y por eso se transmite junto con los demás bienes que forman parte de dicha herencia.

En el presente caso han tenido lugar todas las circunstancias para que opere el derecho de transmisión, en cuanto que ha habido, por una parte, delación a favor de la que actúa como transmitente, madre del primer causante, fallecida sin aceptar ni repudiar la herencia de éste, y por otra, aceptación de la herencia de la misma por sus herederos testamentarios, en virtud de haber vendido éstos sus derechos, conforme al artículo 1.000, primero, del Código civil—en la proporción en que fueron instituidos—, a la viuda.

B) Una vez determinados quiénes son los interesados en las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y división de herencia, éstos pueden llevarla a cabo en la forma que estimen conveniente, siempre que no contravengan ninguna disposición legal de tipo imperativo y sin que sea necesario, para salvar un pretendido obstáculo del trato sucesivo, que en la escritura se adjudique a la viuda una mitad pro indiviso del único bien inventariado y la otra mitad a los herederos cuando, como en este caso, por la venta realizada en operaciones partitacionales por los segundos deviene única propietaria y resume toda la titularidad del inmueble, quien por ello puede inscribirlo directamente a su favor, con lo que se evitan asientos innecesarios, se produce una mayor celeridad en los trámites y no se vulnera el principio de trato sucesivo, ya que en el asiento a practicar, conforme al artículo 20, párrafo último, de la Ley Hipotecaria, constará todas las vicisitudes de la transmisión operada.

No procede realizar ningún previo asiento de inscripción a favor de la madre del causante—primera heredera llamada—, porque ésta no llegó a adquirir la propiedad del inmueble transmitido, ya que no aceptó ni repudió la herencia, sino sólo un mero "ius delationis", que sirve de base para la determinación de los ulteriores interesados, así como tampoco puede practicarse ninguna anotación preventiva de derecho hereditario—no solicitada—ni deducible de los actos otorgados en la escritura calificada, que se limita, mediante la venta hecha, a adjudicar en concreto a la viuda el único bien existente en la herencia del causante. (Res. de 20 de septiembre de 1967. "B. O. E." del 3 de octubre.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS

I. Colaboración de José M. BURGOS PEREZ

1. ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Para que un documento se considere auténtico a efectos de casación y pueda probar el error de hecho, se precisa que reúna condiciones intrínsecas de veracidad y contener la demostración irrefutable de un hecho absolutamente contrario a las afirmaciones básicas del juzgador. El testimonio judicial da fe de las manifestaciones vertidas a presencia judicial, pero no advera el contenido de tales manifestaciones.*

DEFECTOS FORMALES: *Al alegarse infracción de doctrina legal se ha de invocar en el escrito de interposición el concepto en que se entiende infringida tal doctrina. [S. 27 de abril de 1967; desestimatoria.]*

2. INJUSTICIA NOTORIA: ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: AUTORIZACIÓN DE OBRAS: *Las autorizaciones concedidas por anteriores propietarios obligan al nuevo titular.*

MANDATO: *El mandato especial puede ser verbal. El poder general de administración es bastante para autorizar obras que alteren la configuración del local. [S. 9 de junio de 1967; desestimatoria.]*

II. Colaboración de Jesús DIEZ DEL CORRAL

1. FE PÚBLICA REGISTRAL: *La opinión unánime de los autores en el sentido de que el llamado principio de fe pública registral, en nuestro sistema hipotecario, ampara solamente los datos jurídicos, como son los relativos a derechos reales sobre inmuebles; pero, en cambio, no alcanza a proteger los datos o circunstancias de mero hecho que consten en el Registro, como son la cabida o extensión superficial de la finca inmatriculada y, ni siquiera, que ésta exista en la realidad, ha sido acogido por la doctrina jurisprudencial, siendo de destacar las Sentencias de 6 de febrero de 1949, 13 de mayo de 1959, 16 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1961.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No puede prosperar el motivo del recurso que denuncia tal error, invocando una certificación registral que atribuye determinada extensión a la finca y que, por lo antes razonado, no vincula en ese particular al Tribunal "a quo", que no ha vulnerado, pues, el artículo 1.218 del C. c. que se invoca como*

:infringido; y, a mayor abundamiento, debe destacarse que en la inscripción primera de la finca se hace constar que no se sabe el terreno que ocupa y es, sólo, en la decimoquinta donde se dice que, aunque del título no consta la extensión, de su reciente mensura resulta tener una superficie de 37 metros cuadrados aproximadamente, afirmación esta última que, por ser meramente unilateral y no estar respaldada por el oportuno procedimiento, no puede tener la eficacia registral que pretende dársele.

CUESTIÓN NUEVA: La cuestión relativa al supuesto derecho que pudieran tener los actores a mantener en la nueva pared que levantaron en sustitución de la antigua una ventana o hueco, por no ser objeto de petición en el suplico de la demanda, no pudo ser resuelta entonces en la sentencia, so pena de incurrir en incongruencia, ni puede ser en este trámite de casación objeto de examen, por prohibirlo el número 5.^o del artículo 1.729 de la L. E. C.

CONTRADICCIÓN EN LA SENTENCIA: Las disposiciones que en el motivo del recurso se esgrimen como contradictorias carecen en absoluto de tal carácter, siendo compatibles entre sí, puesto que pueden subsistir, coetáneamente, el reconocimiento de un derecho de vuelo sobre terreno ajeno, con elevación limitada, y la prohibición de abrir huecos en la pared que cierra esa porción volada.

INTERPRETACIÓN DE TÍTULOS: La interpretación que dan los recurrentes a los títulos llevados al pleito no puede prosperar sobre la sentada por la Sala sentenciadora, pues, aparte de que se ha canalizado por la vía inadecuada del número 7.^o del artículo 1.692, sería necesario que se hubiese demostrado que la interpretación de la Sala era evidentemente errónea o disparatada, y ello, ni lo es, ni se intentó probar. [S. 29 de abril de 1967; no ha lugar.]

2. ACCIDENTE DE TRABAJO: RIESGO PROFESIONAL: El fundamento de la responsabilidad por accidente de trabajo ha experimentado una conocida evolución tanto en el aspecto científico como en el legal y si bien en un principio se acudió a la "lex Aquilia" y a la culpa extracontractual, a ese principio de responsabilidad culposa, con o sin intervención de prueba, siguieron otras teorías como la de la responsabilidad contractual y responsabilidad objetiva, siendo en la actualidad la doctrina imperante la del riesgo profesional, inspiradora de nuestra legislación vigente.

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: Admitiendo la posible concurrencia en un accidente laboral de una culpabilidad de orden civil, sería necesario acusar en el recurso formal y conceptualmente la infracción del artículo 1.902 del C. c. y si se alega la omisión de normas obligatorias para prevenir accidentes, debe especificarse en el motivo cuáles son éstas.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD LABORAL: En todo caso no puede reclamarse en el orden civil el daño dímanante del accidente laboral,

cuando aquel ha sido ya indemnizado por la Entidad Patronal y admitido, sin protesta, por la parte, al aceptar la constitución, con cargo al saldo que como mutualista tenía la Entidad, del capital preciso para que disfrutaran de una pensión, como beneficiarios del Seguro de Accidentes de Trabajo, la esposa e hijos del obrero fallecido. [S. de 22 de febrero de 1967; no ha lugar.]

3. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Postulado en la demanda la nulidad total de las cláusulas del testamento, excepto la revocatoria del testamento anterior, lo que obliga a abrir la sucesión abintestato, e instado en la demanda acumulada la nulidad total del segundo testamento, con la consiguiente vigencia del primero, es evidente que los instituidos herederos en éste tienen interés en ambas pretensiones y deben ser llamados a juicio, por lo que acertadamente en la sentencia impugnada se estimó de oficio la excepción de falta de "litis consorcio" pasivo necesario. [S. 6 de abril de 1967; no ha lugar.]*

4. CONGRUENCIA: *No suponen incongruencia, en la sentencia recurrida, las innovaciones, operadas en acatamiento de un acuerdo judicial, que no modifican las peticiones objeto principal del pleito, ni alteran la acción originariamente deducida; ni tampoco puede existir quebranto de las normas legales sobre congruencia, cualquiera que sea la decisión, que adopte el Tribunal "a quo", en cuanto a una petición tan supérflua e intranscendente, como la de que se condene a un litigante a estar y pasar por las declaraciones contenidas en la sentencia, puesto que semejante obligación no se supedita a las vicisitudes que pueda sufrir la pretensión, sino que deriva directa e inmediatamente del "imperium y executio" atribuido a los Organos jurisdiccionales.*

AUTORIZACIÓN MARITAL: SUS FORMAS: *La exigencia recogida en los artículos 60 y 1.387 C. c., de acuerdo con nuestra legislación histórica, de que la mujer casada, para defender sus bienes parafernales, ha de comparecer en juicio asistida de su esposo o representada por él, si bien es de ineludible observancia, no requiere, en cambio, una representación morfológica determinada, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia, puede exteriorizarse tanto en forma documental o escrita como de modo verbal o tácito, a través de actos inequívocos de asentimiento, y es susceptible de ulterior ratificación o convalidación (art. 1.259 C. c.), por lo que queda cumplida en todos aquellos supuestos en que la esposa hubiera otorgado poder en favor de su marido, según indica el art. 169 del Reglamento Notarial y se desprende de la S. de 30 de diciembre de 1905. [S. 16 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

III. Colaboración de Luis FERNANDEZ DE LA GANDARA

SOCIEDAD ANÓNIMA: CONTRATOS DE FUNDADORES NO ACEPTADOS EN EL ACTO CONSTITUCIONAL: ALCANCE DEL ART. 7, 1.^º: *El art. 7, 1.^º LSA se refiere a los contratos concluidos en nombre de la Sociedad, que tienen*

carácter preparatorio y tienden a facilitar el funcionamiento de la futura entidad, los cuales han de ser aceptados por ésta, expresa o tácitamente en el plazo de tres meses desde la inscripción en el Registro Mercantil para que la misma pueda obligarse por ellos.

Los gastos necesarios para la constitución de la S. A. no pueden confundirse con los contratos del art. 7, 1.º de la Ley. [S. 4 de abril de 1967; desestimatoria.]

NOTA: Se trata de un supuesto en el que la entidad societaria demandada excepciona frente al recurrente el no hallarse legitimada pasivamente puesto que los contratos celebrados por éste con los fundadores de la S. A. no fueron aceptados ni en el acto constitucional ni en los tres meses subsiguientes a los que se refiere el art. 7, 1.º LSA.

La doctrina que recoge el Supremo en este Considerando se limita a reproducir la orientación mantenida en la doctrina más autorizada (véase la concordancia casi literal entre el extracto jurisprudencial y GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA "Comentarios...", cit. p. 178, 180-182). (Para una interpretación de este precepto en relación con las obligaciones contraídas de carácter necesario para la fundación vid. GIRÓN, op. cit., p. 168.) Sin entrar en los puntos del temario en que la interpretación del texto legal ofrece mayores dificultades.

CARGA DE LA PRUEBA: ART. 1.214 C. c.: *Este precepto, si bien es genérico, puede ser base de la casación en el fondo, cuando la Sala sentenciadora haya fundado su fallo en el principio de la carga de la prueba.*

EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: CARGA DE LA PRUEBA: *Es doctrina reiterada que el actor debe probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama y, una vez establecidos en juicio estos hechos, incumbe al demandado probar los impeditivos o extintivos. Conforme al art. 69 LSA, si la acción de impugnación de los acuerdos sociales corresponde a los accionistas concurrentes a la Junta que hubieran mostrado su oposición a los mismos, y los actores asistieron a ella con tal carácter, bastaba con acreditar que eran los accionistas disidentes.*

DERECHO DE INFORMACIÓN: *Al accionista aislado se le veda el derecho a investigar en la contabilidad y en los libros sociales, limitándose su derecho de información a lo establecido en el art. 65 LSA y a la facultad de examinar quince días antes de la Junta en que tengan que ser aprobados, el Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias, propuesta de distribución de beneficios, Memoria e Informe de los Censores de Cuentas para, con ello, poder asistir a las Juntas plenamente capacitado para poder emitir su voto.*

REPRESENTACIÓN: *El derecho de información lo tiene que ceder el accionista al representante —si este último va a asistir a la Junta— por ser inherente al derecho de asistencia y deliberación. [S. 17 de marzo de 1967; desestimatoria.]*

NOTA: En el presente caso los actores impugnan los acuerdos sociales tomados en la Junta General de accionistas en la que actuaron como socios por décimas partes de las acciones sociales —nominativas—, combatiéndose por la entidad demandada la legitimación activa de aquellos al no acreditar que, al tiempo de formular su demanda, seguían siendo accionistas. Esta excepción se desestima por el Tribunal *a quo* y contra esta desestimación se interpone el recurso de casación de la presente sentencia.

El primer punto, relativo al principio de carga de la prueba en que la Sala ha fundado su fallo para aplicar el art. 1.214 del C. c., reitera una corriente jurisprudencial constante (vid., recientemente la Sentencia de 4-12-1965). Que la legitimación está restringida a los accionistas concurrentes a la Junta que hicieran constar su oposición, ausentes y los ilegítimamente privados de emitir su voto, acreditando la calidad y permanencia de la condición jurídica de socio, es materia pacífica. No así los temas alrededor de la misma en los que no podemos ahora entrar. (Para un tratamiento de los mismos URÍA, en GARRIGUÉS-URÍA, "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas" I, Madrid, 1952, p. 641-42; GIRÓN, cit., página 331; DUQUE, "Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos leivos (art. 67 LSA)", Valladolid, 1957; RUBIO. "Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", Madrid, 1964, p. 222 y ss.).

Por lo que al derecho de información se refiere, la sentencia recoge el criterio consolidado en un buen número de fallos anteriores (sentencias de 15-III-1966, 23-IV-1966, 1-II-1967, 7-II-1967, entre otras). Lo que en ella es doctrina consiste en una reproducción de lo establecido en el Estudio preliminar del Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos respecto al derecho de información. Como señala este documento, "la necesidad de poner los secretos de la empresa a cubierto de cualquier accionista indiscreto o malintencionado y el deseo de robustecer los poderes de los administradores" fueron los motivos que llevaron a los redactores a regular las dos modalidades del derecho de información que, con ligeras modificaciones, se recogen en el texto de la ley: la primera en el artículo 65 y la segunda en el 108, que establece el derecho del accionista al examen de los documentos contables e informe de los censores. Tampoco pueden estudiarse ahora la compleja problemática del derecho de información del accionista tal como se regula en la LSA (para las nuevas orientaciones de este derecho, vid. POLO, *Ante una nueva reforma de la SA*, Barcelona, 1965, p. 216 ss.).

CARÁCTER Y FINALIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN: *El recurso de casación por infracción de ley, en razón a su carácter extraordinario y a su finalidad de eliminar o anular el fallo que se pronunció en la instancia —cuando éste vulnere los preceptos legales que se aduzcan como infringidos y pueda dictarse nueva y más justa sentencia— no opera de manera directa sobre los elementos de discusión y prueba aportados a los autos durante el proceso tramitado en la instancia, sino que ha de llegar a aquéllos de forma indirecta, a través de la sentencia que se impugna, demostrando los vicios o defectos en que se incurriera y propugnando lo que a juicio del recurrente proceda resolver como más ajustado a derecho. Cuando el Tribunal sentenciador haya rehusado entrar en las cuestiones de fondo por existir algún obstáculo que lo impida, la primera y más esencial tarea del recurrente es la de atacar la inhibición o abstención de la Sala, bien sea implícita o explícita, total o parcial, expresa o tácitamente, demostrando que es contraria a derecho y que se ha de entrar en el examen de las cuestiones que fueron soslayadas.*

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN: *El haber dejado transcurrir el plazo de cuarenta días a que se refiere el párrafo primero del artículo 68 de la LSA origina la caducidad de la acción. La posibilidad de acudir al juicio ordinario después de ese plazo es correcta sólo cuando la acción se refiera a la propia sustantividad del acuerdo y no a los ritos y formalidades que preceden a su adopción, so pena de dejar los acuerdos sociales sin la debida firmeza ante la posibilidad de que, con carácter indefinido y después de transcurrir el holgado lapso que la ley concede para que judicialmente puedan ser examinadas su concurrencia y repercusión, puedan todavía alegarse vicios o defectos de forma.* [S. 3 de julio de 1967; desestimatoria.]

NOTA: La Audiencia Territorial, siguiendo lo resuelto por el Juzgado, y con apoyo de los artículos 67 y 68 de la LSA, se abstuvo de entrar en las cuestiones de la litis por razones, básicamente, de forma: el actor había dejado transcurrir el plazo de cuarenta días que prevé el artículo 68, 1.º, del citado texto legal en términos inequívocos, produciéndose con ello la caducidad de la acción de impugnación. Como quiera que se trataba de denuncias de infracciones no sustantivas, sino meramente procedimentales, quedando su convalidación abierta a la aquiescencia de las partes, resulta inaplicable la excepción que recoge el párrafo segundo del artículo 68. Como consecuencia de la no utilización de la acción en el plazo de caducidad indicado, el acuerdo pasa a ser inatacable. Con ello se diferencia de los casos de nulidad en los que, al producirse la imposibilidad de confirmación o de prescripción sanatoria, cabe el ejercicio de la acción fuera del proceso especial de impugnaciones de la LSA. Sin embargo, en esta norma hay —como señala GIRÓN TENA (*Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, p. 330)— una equivocación entre los aspectos material y procesal del problema: la nulidad no debe prescribir ni someterse a caducidad, pero esto nada tiene que ver con el tipo de proceso en que se esgrima la acción. No está justificado que el recurso al proceso especial se encuentre limitado a un determinado plazo. (Vid. también GÓMEZ ORBANEJA, *Las acciones de impugnación en la Ley de Sociedades Anónimas*, en *Revista de Derecho Procesal*, VII, 1961, p. 562 ss.)

CONTRATO DE SEGURO COMO DE ADHESIÓN: INTERPRETACIÓN DE LA POLÍZA Y CLÁUSULA ADICIONAL: *Aunque en términos generales puede sostenerse que el contrato de seguro es de los llamados de adhesión, sin embargo, cuando exista una cláusula adicional, no puede mantenerse aquella tajante calificación por cuanto esa cláusula adicional tuvo que ser insertada en la póliza por lo menos con la aquiescencia de la propia parte asegurada.*

NOTA: Se pretende recurrir contra el fallo del Tribunal *a quo* atribuyéndole error de hecho en la apreciación de la prueba como consecuencia de la inclusión en la póliza del seguro de una cláusula impresa, del Sindicato Vertical. Mientras que para la sentencia impugnada el riesgo asumido por la parte demandada estaba condicionado —según tales documentos— a que las diferencias de peso se hubieran originado por accidente de mar, justificado por la protesta del capitán, la entidad recurrente sostenía, por el contrario, que póliza y cláusula no exigían tal condicionamiento. Admitiendo implícitamente que el Tribunal había tenido en

cuenta los documentos, se estimaba que la interpretación dada a los mismos había sido incorrecta. El recurrente, con apoyo en el artículo 1.288 C. c., alega igualmente que la frase "diferencia de peso" fue llevada a la cláusula adicional para introducir un elemento de confusión entre los restantes conceptos de riesgo por accidente de mar.

Los pronunciamientos doctrinales del Tribunal Supremo, extractados arriba, apuntan una orientación correcta, a nuestro juicio. Uno de los rasgos característicos de los contratos de seguro es, precisamente, que su contenido aparece conformado por cláusulas contractuales uniformes no susceptibles de modificación por el asegurado. Estas "condiciones generales del contrato"—como las llama GARRIGUES—reproducidas por igual en una pluralidad de ejemplares dotan al contrato de un contenido "standard" que impone determinadas particularidades, en orden sobre todo a su interpretación. Sin embargo, esto no impide que la materia contractual de seguros venga sometida al principio de libertad de pactos, recogido en el artículo 385 C. Com. Las partes contratantes tienen abierta la vía para introducir en la póliza las cláusulas que juzguen oportunas, las cuales, una vez admitidas, constituyen un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, cuya fuerza vinculante consagra, en términos generales, el artículo 1.091 C. c. La acentuación de este elemento personal imprime a la relación contractual un carácter que—como dice el Supremo—atenúa el contenido objetivo, predeterminado y tipificado de la misma y su "tajante calificación" en la categoría de los contratos de adhesión.

IV. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO

1. CONTRATO DE OBRA: PAGO PARCIAL DEL PRECIO: INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.124: *Reclamándose, conforme a contrato, el abono parcial de unas obras de impermeabilización de cubiertas de edificios, no procede aplicar el artículo 1.124 C. c. alegado por el demandado cuando éste no prueba los motivos con que pretende justificar la dilación en el pago, y se demuestra, por el contrario, que la paralización de las obras se debe a la falta de abono de los trabajos ya realizados.*

DOCTRINA SOBRE EL ARTÍCULO 1.124: *Según la jurisprudencia del T. S., el artículo 1.124 contiene una facultad atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento, la cual tiene derecho a optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido; en casación ha de estarse a lo resuelto por la Sala respecto a la determinación de quién dejó de cumplir el contrato. [S. 6 de mayo de 1967; no ha lugar.]*

2. SERVICIOS DE ARQUITECTOS: RECLAMACIÓN DE HONORARIOS: INTERPRETACIÓN: *La interpretación del contenido y alcance obligacional de los negocios jurídicos y demás declaraciones de voluntad es función primordial de la Sala de Instancia, y a su discernimiento debe estarse en casación, mientras no resulte violenta o arbitraria, o fuera de toda exégesis racional.*

PRUEBA: *La Sala tuvo en cuenta la carta alegada, la cual no era expresión del contrato convenido y menos "constitutiva" del mismo, si no*

recordatoria del encargo realizado, y además la combinó con otras pruebas, como la correspondencia cruzada entre las partes, por lo cual no infringió el artículo 1.281 C. c.

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Es inadmisible el motivo formulado en forma hipotética, y el que omite todo razonamiento concretamente aplicado al precepto que como infringido se invoca; incide en falta de claridad el motivo en que se mezclan cuestiones jurídicas e interpretativas con otras de orden fáctico. [S. 5 de mayo de 1967; no ha lugar.]*

3. DAÑOS Y PERJUICIOS: PRESCRIPCIÓN: “DIES A QUO”: *El transcurso del plazo para la prescripción de la acción del artículo 1.902 debe contarse a partir del momento en que los hechos que la producen llegaron a conocimiento del perjudicado, por ser entonces cuando surge el “dies a quo” determinante de la situación jurídica de inactividad e inercia de su titular*

INTERRUPCIÓN: *Si se sigue causa criminal por los mismos hechos sometidos a la jurisdicción civil, la prescripción se interrumpe porque esta última no puede emitir decisión judicial alguna hasta que recaiga sentencia firme o auto de sobreseimiento, o se declare extinguida la responsabilidad criminal de acuerdo con los artículos 111 y 114 de L. E. Crim. y el principio general de derecho “actioni nondum natae non praescribitur”, en cierto modo recogido en el artículo 1.969 C. c. y por las sentencias de 1 junio 1900 y 27 abril 1925.*

SUMARIO NO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DETERMINADA: *La circunstancia de que las diligencias sumariales no se hubiesen expresamente dirigido contra persona individual o corporación pública determinada, no sustrae a éstas de los efectos suspensivos que los artículos 111 y 114 L. E. Crim. imponen, porque dichos efectos no derivan de la coincidencia de los elementos subjetivos integrantes de las relaciones jurídicas ventiladas en ambas jurisdicciones, sino de la identidad de los hechos enjuiciables. [S. 8 de junio de 1967; no ha lugar.]*

4. DAÑOS Y PERJUICIOS: CULPA: *Obra con manifiesta negligencia el conductor de un camión que realiza pruebas de frenos para apreciar el resultado de una reparación, efectuándolas en carretera de mucho tránsito, resbaladiza por la lluvia, lo que produjo la pérdida del dominio de la dirección por el conductor dando lugar a invadir con el camión la parte de calzada ocupada por un vehículo que circulaba en dirección contraria, colisionando con éste.*

COSA JUZGADA: *La alegación de cosa juzgada debe hacerse a través del número 5.^º del artículo 1.692 L. E. Crim.*

DEFECTOS DE RECURSO: *La interpretación errónea no puede darse res-*

pecto de normas que no han sido aplicadas por el Tribunal sentenciador. [S. 7 de junio de 1967; no ha lugar.]

Se trataba de un accidente ocurrido en 1959, por tanto, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Vehículos de Motor. La alegación de la cosa juzgada se basaba en una sentencia absolutoria dictada por la Sala segunda del TS en el sumario seguido por los mismos hechos, sosteniéndose por el recurrente la tesis, a todas luces inexacta, de la vinculación del juez civil al fallo penal.

5. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: AUSENCIA DE CULPA: *Si la Sala declara probada la falta de culpa e imprudencia en la actuación del conductor del vehículo, y los hechos que lo apoyan no se impugnan al amparo del número 7.^º del artículo 1.692 LEC no puede prosperar el recurso basado en otro supuesto fáctico.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN: *Las normas de carácter procesal no pueden servir de fundamento a la casación por infracción de ley.* [S. 23 de junio de 1967; no ha lugar.]

Los hechos ocurren antes de entrar en vigor la Ley del Automóvil. La Sala declara probado que el automóvil circulaba a velocidad no excesiva, en un tramo recto, con ancho de siete metros, en normal estado de conservación, estando sin señalizar el camino de donde salió la víctima que intentó cruzar la carretera de izquierda a derecha, circulando en todo momento el vehículo por la suya sin sobrepasar nunca el eje central imaginario de la carretera. La sentencia recurrida, no obstante la declaración recogida en el extracto, declara la concurrencia de culpas y concede a la víctima una indemnización de 35.000 pesetas por la muerte del peatón.

Parece claro que la Audiencia incurre en contradicción al proclamar, de una parte, ausencia de culpa, y de otra, concurso de culpas siquiera la del conductor fuera levísima. Los recurrentes son los parientes de la víctima y fundamentaron mal su recurso; el T.S. deja entrever su opinión al decir: "cualquiera sea el concepto que merezca a esta Sala la valoración practicada por la de instancia como soporte de su calificación".

6. DIFERENCIA CON LA CULPA EXTRAContractUAL: *La acción de resarcimiento derivada del art. 1.902 C. c., a diferencia de la que emana del artículo 1.101, no presupone la exigencia de una relación jurídica preexistente entre el causante del daño y su víctima, sino que, por el contrario, el vínculo obligacional que les une únicamente surge después de producido el evento indemnizable, por el que dicho nexo no constituye un "prius" sino un "posterior", deduciéndose que el ámbito de aplicación de ambos preceptos es completamente distinto y del todo independiente.*

ERROR DE HECHO: *Las actas de reconocimiento judicial no gozan de autenticidad para denostrar el error de hecho; el requerimiento notarial*

no acredita por sí mismo la veracidad de las manifestaciones que en él se vierten ante los fedatarios.

ERROR DE DERECHO: *Los arts. 1.243 C. c. y 632 L. e. c., no son adecuados para patentizar el error de derecho, al no contener reglas sobre valoración de prueba; la apreciación de los dictámenes periciales es facultad privativa y discrecional de los tribunales de instancia. [S. 11 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

7. RECURSO DE REVISIÓN: DOCUMENTOS RECUPERADOS: *Si el recurso se funda en haberse recuperado documentos decisivos, es indispensable que éstos hayan estado detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se haya dictado la sentencia; si se invoca la incapacitación del demandado, declarado en rebeldía en el proceso, la cual recayó con posterioridad a la firmeza de la sentencia, no puede decirse que los documentos hayan sido "recobrados" pues esto requiere una preexistencia de los mismos, ni tampoco son "anteriores" como supone el concepto de "re recuperación", ni han sido "detenidos" por fuerza mayor, ni son "decisivos" para el pleito de forma tal que por si mismos contradigan categóricamente lo contenido en el mismo y en la sentencia que le pone fin. [S. 3 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

La usufructuaria de un local de negocio desahucia al arrendatario del mismo por falta de ocupación; en el proceso el demandado es declarado en rebeldía, aunque absuelve posiciones. Siete meses después de quedar firme la sentencia de desalojo se declara judicialmente la incapacidad del arrendatario, la cual había sido solicitada con mucha anterioridad a la demanda de desahucio. El recurso de revisión se interpone por el hijo del arrendatario con base en la sentencia de incapacidad.

Ciertamente, dada la rigurosidad formal y material del recurso de revisión, tal como uniformemente viene siendo interpretado por la Sala 1.^a, el presente recurso tenía escasas posibilidades de prosperar. El presente caso suscita, no obstante, algunas reflexiones:

1.^º De una manera general parece claro que, si bien ha de mantenerse el carácter excepcional del recurso, sin embargo, la problemática surgida en torno al mismo parece aconsejar una puesta al día de las causas de revisión, a la vista de los supuestos que con mayor frecuencia se presentan con un fondo de justicia, pero sin posibilidad de prosperar y de las enseñanzas de la legislación comparada;

2.^º En la sentencia anotada no se plantea el tema de la legitimación del recurrente, que era hijo del demandado, no constando que actuase como tutor del mismo, y

3.^º Como tema general que excede el ámbito procesal para incidir en la capacidad civil puede plantearse el problema de los actos realizados por un incapaz inmediatamente antes de la declaración de incapacidad.

8. RECURSO DE REVISIÓN: RIGORISMO FORMAL: *Siendo el de revisión un recurso de carácter extraordinario y excepcional, delimitado por la completa regulación de la ley en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio, es absolutamente necesario que rija en el mismo un estrecho rigorismo formal a que ha de acomodarse su interposición; y, en cuanto al fondo, su regulación ha de hacerse en forma restrictiva, por cuanto el principio casi absoluto de irrevocabilidad del fallo firme sólo cede ante la justificación cumplida de darse alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.796 L. e. c.*

FALSEDAD DE DOCUMENTOS: *Invocándose el núm. 2º del art. 1.796 ha de aportarse la sentencia firme dictada en juicio criminal declaratoria de la falsedad del documento; si la sentencia se basa en la validez de una escritura de compraventa que no se impugna, no ha lugar a la revisión que se apoya únicamente en la falsedad de un recibo.*

DEPÓSITO INSUFICIENTE: *Si en la demanda se dice que "la cuantía litigiosa no excede de 100.000 ptas." procede hacer el depósito general de 5.000 pesetas; el depósito insuficiente produce los mismos efectos que la ausencia total del mismo. [S. 7 de marzo de 1967; no ha lugar.]*

V. Colaboración de Julio GARRIDO AMADO

1. PRUEBA: VALOR DE UN "RECIBO" DE PAGO: *El recibo constituye una prueba escrita de la existencia del contrato de compraventa con cuantas circunstancias exige el art. 1.445 C. c.; máxime si se tiene en cuenta que no cabe mayor expresión del consentimiento del comprador que la entrega de 250.000 pesetas a cuenta del precio, ratificado por el ejercicio de la acción que se resuelve.*

RENUNCIA DE DERECHOS: *La jurisprudencia exige, para su eficacia, que la renuncia conste en forma clara y terminante. [S. 5 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

2. CASACIÓN: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: IMPUGNACIÓN: *No se atacan los hechos, que el Tribunal "a quo" estimó probados, por la vía que ofrece el núm. 7º del art. 1.692 L. e. c. y, por tanto las afirmaciones hechas por el sentenciador, como resultado de su apreciación de las pruebas, tienen que ser respetadas, sin que puedan ser sustituidas, según su particular criterio, por la parte recurrente.*

COMPENSACIÓN: CONCEPTO Y NATURALEZA: *El pago abreviado que la compensación supone, procede cuando existe una relación económica entre dos personas, recíprocamente deudoras y acreedoras, y las cantidades que la integran consisten en dinero y están vencidas y son líquidas y exigibles.*

COMPENSACIÓN: REQUISITOS: *Para que opere la compensación de créditos es imprescindible acreditar la existencia de las deudas y la plena exigibilidad de las cantidades que la parte demandada hubiese satisfecho, pues de lo contrario, falta el requisito 4º del art. 1.196 C. c.*

COMPENSACIÓN: CLASES: COMPENSACIÓN JUDICIAL: *La entidaaa demandada en la súplica del escrito de contestación expresó que, en méritos a que era acreedora de la sociedad demandante, por aplicación de las normas del C. c. sobre compensación de las obligaciones, se declarase ésta (o sea la compensación), con lo cual el demandado oponente vino a centrar la razón de la súplica en la compensación así alegada, aunque aducida en forma reconvencional, tratándose, pues, de la llamada compensación judicial.*

COMPENSACIÓN: APRECIACIÓN DEL JUZGADOR "A QUO": *La compensación -es de la apreciación exclusiva del juzgador de instancia.*

DAÑO EXTRACONTRACTUAL: "LUCRUM CESSANS": *La realidad y efectividad de la ganancia dejada de obtener es cuestión que, como de hecho, está sometida a la apreciación del Tribunal de instancia, así como, en principio, lo está la determinación del perjuicio sufrido por tal concepto.*

LUCRO CESANTE: DIFICULTADES PROBATORIAS: *Si cierto es que la doctrina de esta Sala tiene declarado, en lo relativo a esas ganancias, que no pueden derivarse de supuestos meramente posibles y contingentes, ello no significa que para su demostración la ley exija una prueba determinada o tasada, ni que el Tribunal "a quo", sobre todo en cuanto respecta a daños y perjuicios extracontractuales, no tenga en cuenta las dificultades probatorias que el caso ofrezca. [S. 7 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

3. COMPRAVENTA: ENTREGA DE LA COSA VENDIDA: PRECEPTOS REGULADORES DE LA MISMA: *El artículo 1.445 C. c. no regula la entrega de la cosa vendida sino que define, descriptivamente, el contrato de compraventa, desprendiéndose de los términos que emplea su naturaleza consensual; más, de las obligaciones del vendedor y de la entrega de la cosa vendida se ocupan respectivamente las Secciones I y II del Capítulo IV de igual Título y Libro del Código, de modo que la invocación del artículo 1.445, cuando como en ese caso sucede no se ha negado la tipicidad y existencia del contrato, ni su naturaleza consensual, resulta irrelevante.*

VENTA DE INMUEBLES CON EXPRESIÓN DE SU CABIDA: PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: *El artículo 1.472 C. c. se refiere para evacuar el cómputo de la prescripción al día de la entrega, y el precepto legal alcanza, sin contener distingos, a las acciones que nacen de los tres artículos anteriores, comprendiendo por tanto a los 1.469, 1.470 y 1.471 que al 1.472 preceden, y*

abarca todos los supuestos contemplados en el repetido artículo 1.469. [S. 26 de noviembre de 1966; no ha lugar.]

4. COMPRAVENTA: MORA DEL COMPRADOR: ABONO DE INTERESES: *Siendo cierto que parte del precio no se pagó al entregarse las fincas vendidas, como no se fijó plazo para su abono, la obligación resultó exigible desde que el vendedor lo reclamó, y, al no atender este requerimiento, el comprador incurrió en mora con los efectos del artículo 1.108 del C. c., por lo que, y en atención a que disfrutando el comprador de los frutos de la cosa es justo que abone al vendedor el interés del precio no satisfecho, es aplicable el artículo 1.501 de dicho Código. [S. 26 de mayo de 1966; no ha lugar.]*

NOTA: La sentencia recurrida —que no resultaría casada— había condenado al comprador al pago del resto del precio de las fincas, con los intereses legales a contar desde la fecha de requerimiento de pago que el vendedor, por acto conciliatorio, hizo al comprador.

Por esta razón, aunque en la doctrina jurisprudencial que se transcribe parece justificarse el abono de los referidos intereses en base a que el comprador había incurrido en mora (núm. 3 del art. 1.501 C. c.) y a que el comprador estaba disfrutando de los frutos de la cosa (núm. 2 del citado art. 1.501 C. c.), en realidad sólo uno de estos dos motivos es el determinante del fallo aludido: la mora del comprador en el cumplimiento de su obligación de pago (núm. 3 del art. 1.501 C. c.), porque, de haber sido condenado dicho comprador al pago de intereses en base al núm. 2 del repetido art. 1.501 C. c., es decir, por razón de que la cosa vendida y entregada producía fruto o renta, lo habría sido por el tiempo que hubiese mediado desde la entrega de la cosa hasta el pago del precio, y no a contar desde la fecha del requerimiento de pago.

5. COMPETENCIA TERRITORIAL: CUESTIÓN POR INHIBITORIA: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Negada la existencia del contrato de compraventa mercantil, cuyo precio se reclama en la demanda, y no habiéndose aportado al juicio en el momento procesal oportuno ningún principio de prueba escrita autorizada con la firma del demandado, del que se deduzca la realidad de la obligación discutida, debe decidirse la cuestión de competencia en favor del Juzgado del lugar donde está enclavado el domicilio del demandado, de acuerdo con lo dispuesto en la regla 1.^a del art. 62 L.e.c. [S. 8 de noviembre de 1966.]*

6. CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: FALTA DE CLARIDAD: *El recurso de casación no puede ampararse en la cita global de disposiciones legales, por impedirlo la claridad exigidas por al artículo 1.720 de la Ley de Trámites.*

CASACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *El contenido de una sola sentencia no constituye doctrina legal a los efectos de la casación. [S. 22 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

VI. Colaboración de José PERE RALUY

1. PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCIÓN: ACTO DE CONCILIACIÓN: *La presentación de la papeleta interesando la celebración del acto de conciliación, si no es seguida de ninguna gestión del solicitante para que el acto no tenga lugar en la fecha señalada por el Juzgado, ha de apreciarse como causa de interrupción de la prescripción y ello por la necesidad de dar fijeza al lapso de tiempo en que puede eficazmente ejercitarse la acción de que se trata, pues lo contrario supondría dejar el mismo sujeta a la influencia de eventos ajenos a la voluntad del accionante, claramente manifestada dentro del plazo legal.*

CASACIÓN: CUESTIONES DE HECHO: *La cuestión de si existe o no convivencia es una cuestión esencialmente fáctica que requeriría una justificación mediante todos los medios de prueba que para acreditarlos se aporten al proceso, sin que sea materia que se preste fácilmente a constatación documental.*

CASACIÓN: FORMALISMO: *Es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación, la omisión del concepto de la infracción y la denuncia de incongruencia sin invocar el art. 359 de la L. e. c. [S. 22 de febrero de 1967; no ha lugar.]*

2. LAU: ANALOGÍA: *La analogía que manda y permite la LAU, es con referencia a otros preceptos de la propia Ley arrendaticia, pero nunca con leyes extrañas a ella.*

LOCAL DE NEGOCIO: CAMBIO DE DESTINO: RENUNCIA DE DERECHOS: *Por el simple hecho de que en el contrato de arriendo de local de negocio se señale de modo concreto la clase de negocio a que se destina el local, no cabe entender renunciado el derecho a establecer en el local un negocio distinto, pues la renuncia de derechos ha de ser clara, explícita y terminante y no es lícito deducirla de expresiones de dudosa significación. [S. 8 de abril de 1967; no ha lugar.]*

3. RESPETO A LOS ACTOS PROPIOS: IMPUGNACIÓN DE CALIFICACIÓN ANTERIORMENTE ACEPTADA: *El recurrente, en injusticia notoria, que no apeló de la sentencia de primer grado que hizo la calificación del local como de negocio, aceptando con ello tal calificación, no puede impugnarla en el recurso de injusticia notoria.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Sólo puede combatirse el error de hecho contraponiendo el texto del documento que sirve de base al recurso a la afirmación de hecho de la Sala, y no cabe hacerlo sustituyendo la interpretación que del documento hizo la Sala por la suya propia. [S. 5 de junio de 1967: no ha lugar.]*

4. ARRIENDO DE INDUSTRIA Y DE LOCAL DE NEGOCIO: *Lo que tipifica la industria es la unidad patrimonial integrada, entre otros elementos, por enseres que hagan susceptible su explotación al tiempo de recibirla y no por las mercancías cuya venta ha de ser la actividad negocial a realizar como fin del contrato. No pierde el carácter de arriendo de industria por el hecho de que lo arrendado estuviera pendiente, para funcionar, de algunas formalidades administrativas.* [S. 26 de junio de 1967: no ha lugar.]

5. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN DESAHUCIO: *Si en el contrato se dice textualmente que lo arrendado fue una industria, procede rechazar el recurso que alega que la sentencia recurrida, al calificar el arriendo como de industria, no se atuvo al tenor literal del contrato. Al no haber cuestiones complejas a resolver y cabr las propuestas dentro del marco de desahucio, es éste el procedimiento adecuado a la pretensión de desalojo del actor.* [S. 27 de mayo de 1967; no ha lugar.]

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN: *El término "ocupada", que emplea la LAU, no es sinónimo de habitada, en el sentido de que una vivienda sólo deba entenderse ocupada si se habita en ella. Probado que el beneficiario de la denegación de prórroga tomó posesión de la vivienda con el propósito decidido de habitarla, a cuyo efecto, dentro del plazo legal de tres meses se iniciaron las obras de acondicionamiento que no terminaron dentro del mismo, por causas ajenas a su voluntad, lo que motivó que la vivienda no fuera habitada por ellas hasta pocos días después de haber transcurrido dicho plazo, hay que concluir que existió la ocupación requerida por la Ley.*

INJUSTICIA NOTORIA: VICIOS FORMALES: *Incurre en vicio formal el recurso en que se denuncia la infracción por dos conceptos incompatibles, como son violación e interpretación errónea.* [S. 17 de mayo de 1967: no ha lugar.]

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DE LOCAL: APERTURA ESPORÁDICA DEL LOCAL: *Es correcto afirmar que no interrumpe el cómputo del plazo de seis meses de cierre, que determina la denegación de prórroga, el simple hecho de que algún día de feria se abriera el local, habitualmente cerrado.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear con éxito cuestiones nuevas en el recurso de injusticia notoria; una cuestión no planteada en la instancia debe considerarse nueva, aunque la sentencia de la Audiencia aludiera a ella en concepto de mayor abundamiento.* [S. 15 de marzo de 1967; no ha lugar.]

8. AUMENTOS DE RENTA CONVENIDOS CONTRACTUALMENTE: INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 101 DE LA LAU: *Los requisitos para la percepción de incre-*

mentos establecidos en el artículo 101 de la LAU se refieren a los aumentos regulados en la ley arrendaticia, pero no a los libremente convenidos, por lo que no es aplicable a estos últimos la notificación previa impuesta en el citado artículo. [S. 5 de julio de 1967; no ha lugar.]

9. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: CONDICIONES TEMPORALES DE SU EJERCICIO: No es preciso que el hecho constitutivo de la causa resolutoria invocada persista al tiempo de interponerse la demanda, bastando con que la transgresión legal se haya producido y que no esté prescrita la acción resolutoria; no es cierto que la acción resolutoria por actividades inmorales sólo pueda utilizarse mientras tales actividades se están desarrollando.

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: Es obligado desestimar un recurso en el que se denuncia globalmente la infracción de un artículo que establece doce causas de resolución del arrendamiento, ya que la viabilidad del recurso de injusticia notoria exige la expresión, con precisión y claridad, del número, apartado o página del precepto legal que se estima infringido. [S. 11 de marzo de 1967; no ha lugar.]

10. INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL: La introducción en el local arrendado de persona ajena al contrato, llámese tal introducción, cesión, traspaso o subarriendo, es suficiente para acordar la resolución del contrato, dada la prohibición legal de que un local arrendado por una persona sea ocupado por otra, salvo cuando tal supuesto viniera autorizado debidamente.

PRESUNCIÓN DE CESIÓN: Si de la prueba documental se deduce que el arrendatario causó baja en la matrícula de la contribución industrial en relación al local de autos y tres meses después se dio de alta su hijo en tal concepto afiliándose como empresario, y si éste, desde entonces, disfruta de una pensión mensual de jubilación, incompatible con todo trabajo remunerado por cuenta ajena y con todo trabajo lucrativo por cuenta propia, procede estimar el recurso y, en funciones de órgano de instancia, decretar la resolución del arriendo. [S. 30 de junio de 1967; ha lugar.]

11. RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILEGAL: EL CAMBIO DE FORMA SOCIAL CONCEPTUADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO COMO TRASPASO: Al establecer la LAU que no se reputará causado el traspaso cuando las sociedades cambien de forma por ministerio de la Ley, establece una excepción al principio general de que el cambio de forma a efectos arrendatarios constituye un traspaso, principio aplicado reiteradamente por la Sala I.

CONSENTIMIENTO O CONOCIMIENTO POR EL ARRENDADOR DE INFRACCIONES DEL ARRENDATARIO: Los hechos que hacen presumir el conocimiento por el arrendador de las infracciones del arrendatario, no bastan para acreditar el consentimiento del primero a lo hecho por el segundo, sin que

obste la lentitud de la reacción del arrendador a lo hecho por el arrendatario. Es un problema de derecho constituyente y no del constituido, que hay que respetar, el de si el plazo para el ejercicio de la resolución por traspaso ilegal es o no excesivo en estos casos. [S. 5 de abril de 1967; no ha lugar.]

13. FACULTADES DEL MANDATARIO DEL ARRENDADOR EN ORDEN A AUTORIZAR EL CAMBIO DE TITULAR ARRENDATARIO: INTERPRETACIÓN DE LA PRUEBA: *Si el arrendador, en la prueba de confesión, declara que en virtud del poder que tiene otorgado a su hermano, éste es quien entiende en todo lo relativo al arrendamiento, es lógica la valoración de tales manifestaciones en el sentido de plenitud de poder con respecto a los arrendamientos del inmueble, y si tiene facultad para otorgar arrendamientos, debe entenderse también facultado el mandatario para sustituir los sujetos de la relación arrendaticia.*

CONFESIÓN: *No es lícito desarticular la prueba de confesión, contemplando únicamente la contestación a una de las posiciones, desvinculada del conjunto armónico de la prueba de confesión. [S. 29 de abril de 1967; no ha lugar.]*

13. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR INCUMPLIMIENTO, POR EL ADQUIRENTE DE TRASPASO, DE LA OBLIGACIÓN DE DEDICAR EL LOCAL A NEGOCIO DE LA MISMA CLASE: *No es preciso que el negocio del nuevo arrendatario sea idéntico, bastando que sea de la misma clase. No es preciso que, verificado el traspaso, el adquirente haya de comenzar inmediatamente a desarrollar su actividad sin solución de continuidad, pues puede haber justas causas que lo impidan así. Procede la resolución si el adquirente en traspaso no ha desarrollado en el local la actividad de tienda de ultramarinos —a que se dedicaba antes del traspaso— de modo serio y normal, sino sólo aparente, dedicándola en realidad a negocio de distinto género como es almacén de vinos, conservas y gaseosas y a guardar una camioneta.*

INJUSTICIA NOTORIA: SUPUESTO ERROR DE HECHO: *El simple hecho del alta tributaria para el ejercicio de una determinada clase de negocio no puede esgrimirse para impugnar la declaración de la Sala —basada en el conjunto de la prueba— de que el negocio realizado fue de distinta clase. [S. 12 de abril de 1967; no ha lugar.]*

14. RECURSO DE CASACIÓN: EXIGENCIA DE PRECISIÓN Y CONCRECIÓN: *La motivación del recurso de casación no puede establecerse en forma hipotética. El recurrente debe fijar, con claridad y precisión, la norma que estime infringida, encuadrando en el ordinal correspondiente la infracción que crea cometida, en forma afirmativa y no dubitativa. No cabe confundir la violación con la interpretación errónea de las normas.*

CASACIÓN: PRESUNCIOS: *La existencia real del hecho del que ha de partir la inducción del órgano "a quo" puede impugnarse al amparo del artículo 1.692, número 7, de la LEC, pero el juicio lógico de dicho órgano, sobre el enlace entre el hecho demostrado y aquél que se trata de demostrar, sólo puede impugnarse al amparo del número 1 de dicho artículo.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *En casación no cabe hacer una nueva, completa y libre apreciación de la prueba.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tienen el carácter de auténticos, a efectos de casación, documentos municipales en que se recoge una información practicada. [S. 19 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

15. CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: FORMALISMO DEL RECURSO: *Es causa de inadmisión, y, en su caso, de desestimación, el hecho de que en el recurso no se exprese el número del artículo 1.692 de la LEC en que se sustenta. [S. 3 de junio de 1967; no ha lugar.]*

16. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *Dado el carácter extraordinario y la naturaleza técnica del recurso de injusticia notoria, su formalización se ha de ajustar estrictamente a las normas que lo regulan —art. 136 de la LAU en relación con los 1.692 y 1.720 de la LEC. [S. 23 de junio de 1967; no ha lugar.]*

VII. Colaboración de José Luis RIO BARRO

1. EFECTOS DEL LAPSO EN LITIGIO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA MARCA: *De los tres años que señala el Estatuto para la consolidación de la marca no es dable descontar el lapso en que estuvo en litigio porque las actuaciones administrativas que tuvieron lugar se derivaron de la pretensión del recurrente de inscribir como marca su razón social, a lo que se opuso el recurrido logrando la denegación de la inscripción.*

USO DE RAZÓN SOCIAL COMO NOMBRE COMERCIAL FRENTE A MARCA REGISTRADA POSTERIOR: *Estando una razón social inscrita en el Registro Mercantil, la utilización por el recurrente de dicha razón social como nombre comercial, no habiendo hecho el registro independiente de éste, no tiene eficacia frente a una posterior inscripción de marca idéntica en el Registro de la Propiedad Industrial. [S. 5 de mayo de 1966; no ha lugar.]*

Hechos: La S. A. "V" entabla demanda de nulidad de registro de marca contra el industrial don V. S.

El 23 de abril de 1952 la S. A. "V" inscribe en el Registro Mercantil su razón social y el 4 de marzo de 1961 solicita la inscripción de dicha

razón social como nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial.

El jefe del Registro comunica a la sociedad actora que la concesión del nombre comercial queda en suspenso como consecuencia de oposición formulada por don V. S., quien alega derecho de prioridad sobre la palabra que se pretendía inscribir, por haberla registrado con anterioridad para distinguir sus productos.

Después de varias contestaciones y vicisitudes, el Registro deniega la concesión del nombre comercial a la actora. Entonces ésta promueve acción judicial para anular el registro de la marca, fundándose en que no se había consolidado el dominio del demandado sobre la misma.

El demandado se opone a las pretensiones de la actora, manifestando que el uso de la marca tuvo lugar incluso con antelación a su registro y que, además, se había consolidado el dominio sobre ella.

Pasan los autos al abogado del Estado, quien dictamina que, en efecto, el dominio sobre la marca se había consolidado y que, por lo tanto la posición del propietario de la misma era inatacable, puesto que habían concurrido los requisitos de pacífica posesión, buena fe y justo título que exige el artículo 14 del E. P. I.

La sentencia de la Audiencia Territorial desestima la demanda. Presentado recurso de casación, el T. S. declara no haber lugar a su estimación.

2. ACTOS DISPOSITIVOS: VALOR DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL: *Los actos dispositivos sobre las diversas modalidades que el E. P. I. regula, si bien producen todos sus efectos entre transmitente y adquirente desde la fecha en que se efectúan, no surten, en cambio, efectos frente a terceros mientras tales actos no se hagan constar en el Registro.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN CASO DE QUE AÚN NO HAYA SIDO REGISTRADA LA TRANSMISIÓN DE UNA PATENTE: *La legitimación activa del transmitente de una patente permanece intacta, so pena de entender que el artículo 31 del Estatuto establece una laguna en la posibilidad de accionar de nulidad contra otra patente incluso abocada a una inminente consolidación por transcurso del plazo legal establecido para impugnarla, ni por el transmitente —que perdió su derecho por el acto dispositivo aún no registrado—, ni por el adquirente, que no puede ostentarlo respecto a tercero hasta que no se formalice la cesión.*

ANUNCIO PUBLICITARIO: VALOR EN CASACIÓN: *Un anuncio publicitario no merece la calificación de documento auténtico a efectos de casación.*

DERECHOS DERIVADOS DEL REGISTRO: CARÁCTER PROVISIONAL: *La inscripción registral producirá efectos jurídicos a favor de los titulares de los derechos inscritos mientras subsistan los asientos respectivos. Pero, en caso de conflicto, serán los Tribunales quienes han de decidir qué modalidad inscrita debe prevalecer, o si pueden perfectamente coexistir con arreglo a Derecho, o si éste impide —respecto a todas ellas— una protección que, por su origen, sólo tiene carácter provisional.* (Sentencia de 7 de febrero de 1967; no ha lugar.)

HECHOS: La S. A. «V», propietaria de una patente de invención para «perfeccionamiento en la fabricación de pianchas aglomeradas», interpone acción de nulidad de una patente posterior perteneciente a don D. H. —concedida para «procedimiento para la fabricación de aglomerado en planchas»—, basándose en la falta de novedad por identidad absoluta con la que le pertenece.

Don D. H. contesta a la demanda exponiendo que tanto los procedimientos de fabricación como los productos obtenidos son notablemente diferentes. Y, a su vez, presenta demanda de nulidad de patente ante la Audiencia Territorial del domicilio de la S. A. «V», alegando que los productos de la Sociedad Anónima «V» son distintos a los reivindicados por su patente; que le falta novedad; que consiste en una mera yuxtaposición de elementos de dominio público y, además, que la realización de su objeto es imposible de poner en práctica ateniéndose estrictamente a los elementos contenidos en la Memoria.

La S. A. «V» excepciona la falta de legitimación activa de don D. H., por haber vendido su patente a la S. A. «A», alegando, además, que si no hay novedad en la patente de la que es titular, menos habrá en la de don D. H., presentada al Registro tres años después.

Se procede a la acumulación y se pasan los autos al abogado del Estado, el cual declara en su dictamen que ambas patentes deben ser anuladas por carecer de novedad, ya que no sólo es coincidente el objeto de las dos patentes, sino perfectamente conocido en España.

La Audiencia emite sentencia declarando:

1.^o Que se estima la demanda formulada por la S. A. «V» y declara la nulidad del registro de la patente impugnada, por falta de novedad, ya que el objeto de la segunda patente coincidiría con el de la patente anterior.

2.^o Que se estima la demanda formulada por don D. H. y declara también la nulidad del registro de la patente de la S. A. «V», por falta de novedad, puesto que ya había sido publicada e incluida en otras patentes anteriores.

Ambas partes interponen recurso de casación por infracción de la Ley y el Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos.

NOTA: Se habla en esta sentencia de «patente abocada a una inminente consolidación por transcurso del plazo legal establecido para impugnarla».

¿A qué plazo legal se refiere la sentencia? ¿Existe algún artículo del Estatuto que reconozca la posibilidad de consolidación de la patente? Parece, según esta poco afortunada frase de la sentencia, que sería aplicable a las patentes el plazo de consolidación previsto en el artículo 14 del Estatuto exclusivamente para las marcas (tres años desde su registro).

Mas he aquí que el Estatuto no establece plazo alguno para ejercitarse la acción de nulidad de patente inscrita, por lo que será posible ejercitárla en cualquier momento de la vida legal de la patente. A esta conclusión llega Díaz VELASCO (*Concesión y nulidad de patentes de invención*. Madrid, 1946, número 76 (pág. 79), núm. 101 (pág. 111) y núm. 351 (pág. 309). Afirma certeramente este autor que «el punto de arranque del ejercicio de esta acción no puede fijarse en ningún momento determinado de antemano, sino en aquel en el cual el perjudicado por la patente indebida tenga conocimiento de ella y del agravio que para sus intereses supone» (pág. 79).

No puede hablarse propiamente de consolidación de la patente, porque tal consolidación —si así pudiera llamarse— se produciría cuando la patente caducare por el transcurso de su vida legal. Pero en el momento de producirse la caducidad, evidentemente, ya no tiene objeto el ejercitarse una acción de nulidad de patente. De ser acertada la doctrina mantenida por esta sentencia, llegaríamos a la paradójica conclusión de que el derecho sobre la patente se consolida cuando ésta muere. (J. L. R. B.)

VIII. Colaboración de Manuel TRENZADO RUIZ

1. ARRENDAMIENTO DE LOCAL: NATURALEZA: *A los efectos de la LAU, lo que importa es que en el local se desarrolle actividad de comercio e industria tal como lo define el artículo 1.º, y la falta de obligaciones administrativas o fiscales no es decisiva para negar su existencia, pues en ellas se establece sanciones por su incumplimiento distintas a las que la ley arrendaticia prevé, con efectos diferentes.* [S. 12 de junio de 1967; no ha lugar.]

2. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: DESOCUPACIÓN: EXISTENCIA: *Se produce la causa de resolución cuando una tienda para despacho de muebles al público, como ocurre en el caso de autos en que se pactó específicamente ese destino, se convierte en almacén que por su naturaleza se limita a funciones auxiliares a las que no tienen acceso más que los empleados del establecimiento principal.* [S. 31 de mayo de 1967; no ha lugar.]

3. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: INEXISTENCIA: OBRAS: CONSENTIMIENTO: *Las obras se realizaron en los meses inmediatos al contrato, al comienzo de éste, y siendo las necesidades para adaptar el local al destino pactado, ha de apreciarse que estaban autorizadas por el pacto de origen y que por ello no pueden determinar la resolución del contrato.* [S. 12 de abril de 1967; no ha lugar.]

4. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVOS: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA: *Como materia de interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos, la conclusión alcanzada por el Tribunal es prevalente a la de la parte, y debe ser respetada mientras resulte lógico y no desorbitado el texto que se interpreta.* [S. 29 de abril de 1967; no ha lugar.]

5. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVOS: *No puede prevalecer una prueba fragmentaria sobre la apreciación conjunta hecha por el Tribunal.* [S. 12 de mayo de 1967; no ha lugar.]

6. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ACUMULACIÓN DE ACCIONES: EFECTOS: *Es inaceptable la tesis de que habiéndose acumulado en la demanda dos acciones resolutorias de los sendos contratos de arrendamiento de que, respectivamente, son titulares los demandados, la sentencia tiene que otorgar o denegar la resolución de los contratos, no pudiendo hacerlo de uno solo de ellos y no del otro, tesis que no puede ser aceptada toda vez que entre ambos demandados no existe solidaridad jurídica alguna dado que cada uno de ellos es titular de un contrato de arrendamiento distinto referido a un local diferente, cuya resolución sólo procede en tanto en cuanto la requiera la necesidad del actor.* [S. 12 de mayo de 1967; no ha lugar.]

7. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALIDADES: *El recurrente no puntualiza la clase de error en que se funda, lo que es suficiente para tener que desestimar, al adolecer de la claridad imperativamente exigida por la LEC.* [S. 31 de mayo de 1967; no ha lugar.]

II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Selección de Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ
Doctor en Derecho

I. Derecho civil

1. ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: *Del mero ejercicio de un derecho reconocido en la Ley, y más aún si lo es en forma excepcional, no puede nunca derivarse un abuso de derecho, cuando son evidentes los beneficios que su ejercicio proporciona a su dueño, y lo que distingue el abuso del derecho es el ejercicio de un derecho legal sin beneficio propio y por el mero deseo de causar daño a tercero.* (S. 10 enero 1968; no ha lugar.)

2. RENUNCIA DE DERECHOS: EFECTOS: *La renuncia de los derechos de arrendatario no puede llevar consigo, procedentemente, la pérdida de los nacidos con base en ellos, si constituyeren obligación para el arrendador de respetarlos.* (S. 28 febrero 1968; no ha lugar.)

3. SUBARRIENDO: INEXISTENCIA: *Sanos criterios de lógica y principios de razón están indicando que una estancia en el piso que aparece basada en la hospitalidad y el afecto, y que además fue de corta duración, no debe ni puede, por carecer de elementos para afirmarlo, considerarse constitutiva de subarriendo ni de cesión.* (S. 26 diciembre 1967; no ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN: REQUISITOS: *El término "convivir", según define el Diccionario de la Lengua Española, es "vivir en compañía de otro u otros, cohabitar bajo el mismo techo", cuya amplia acepción la restringe el artículo 58 de la LAU, al exigir que sea "habitualmente", circunscribiéndolo, a efectos del beneficio subrogatorio, al sucesor que haya utilizado la vivienda del causante como morada principal y propia, excluyendo las convivencias ocasionales o circunstanciales como no idóneas para engranadar aquél derecho.* (S. 19 diciembre 1967; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *No hay duda de que teniendo que dejar el matrimonio la vivienda que habitan y que sólo disfrutan en consideración a las funciones de portera de la esposa, es patente la necesidad que tienen ambos de ocupar la suya propia.* (S. 1 febrero 1968; no ha lugar.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *Los hombres carentes de domicilio, que vivan aislados en el aspecto familiar,*

pueden, en cualquier momento en que lo deseen, dejar su alojamiento en domicilio ajeno para constituir uno propio. (S. 18 diciembre 1967; no ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *El hecho de vivir en casa ajena pudiendo tenerla propia se considera muy razonablemente como causa de necesidad, sin que puedan servir para enervarla ninguna de las circunstancias alegadas por la contraparte, porque el que la convicencia familiar lo sea desde hace mucho tiempo, incluso anterior a la fecha del actual arrendamiento y que el estado de salud de la actora no sea el más aconsejable para vivir independiente, son irrelevantes para descartar la necesidad de ocupar la vivienda litigiosa, cuando se niega a seguir compartiendo la que habita con sus familiares.* (S. 20 diciembre 1967; no ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: FORMALIDADES: *El Acta notarial de requerimiento hace constar la existencia de las buhardillas, no las oculta, porque en realidad, no pueden ser objeto de la selección, ya que no es vivienda adecuada a la necesidad de la demandante; y así como se establece la diferencia, en cuanto a la selección, entre pisos exteriores e interiores, con mayor razón tampoco se estima seleccionable la buhardilla, que por su inferior categoría y ausencia de circunstancias habitables, comparada con un piso exterior, es evidente la razón de que no sea tenida en cuenta en la selección de viviendas con que cuenta la edificación.* (S. 22 diciembre 1967; no ha lugar.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: REQUERIMIENTO: FORMALIDADES: *La consignación del nombre de ambos cónyuges en el contrato de arrendamiento no les atribuye la titularidad del mismo, separada e independientemente, sino una única titularidad que si normalmente la ostenta el marido como jefe y administrador de la sociedad conyugal, nada impide que se quiera personificar en ambos cónyuges indistintamente, por lo que el requerimiento hecho a la esposa que es la que ha venido ostentando frente al arrendador, con consentimiento del marido, la titularidad del arrendamiento, es válido y eficaz.* (S. 19 diciembre 1967; no ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: JUSTA CAUSA: EXISTENCIA: *La ausencia fue motivada por necesidades laborales no surgidas de propia voluntad o deseo, sino de exigencias de aquella índole, y tanto es así, que lejos de prohibirse o impedirse su emigración por tal motivo, más bien se facilitó y encauzó a través del Instituto Español de Emigración, que tramitó la correspondiente con destino a Bélgica; y así, controlados y protegidos, todos los años, en los períodos de vacaciones que disfrutan regresan a España al domicilio arrendado, las atenciones del cual puntualmente cumplen, hechos todos que ponen de manifiesto, con la falta de voluntaria y exclusiva conveniencia, la concurrencia de justa causa, a la que indudablemente abona la humana orientación de protectores Organismos oficiales:*

contraria a la que representaría la privación del domicilio que se vieron obligados a abandonar y en el que se demuestra tiene efecto el disfrute del compensatorio descanso a la par que representa la continuada ligazón con la Patria y la posibilidad de futura estabilidad en ella. (S. 15 enero 1968; ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: OCUPACIÓN SIMULTÁNEA: INTERPRETACIÓN: *La L. A. U. se refiere al hecho material de ocupación o uso de dos viviendas, precisamente por la palabra ocupar que en ella se emplea, distinta de la titularidad jurídica que se puede ostentar sobre una de ellas.* (Sentencia 19 enero 1968; no ha lugar.)

12. RENTA: REVISIÓN: IMPOSIBILIDAD: EFECTOS "LEY CASTELLANA": *Si por los beneficios que otorga la llamada "Ley Catellana", el edificio construido no precisa de declaración de rentas percibidas ni de imposición fiscal expresa porque ha de contribuir necesariamente por lo que pagaba el solar donde se edificó, tal beneficio fiscal instituido exclusivamente en favor del propietario a él sólo aprovecha y no a los arrendatarios de viviendas quienes por tener condicionadas sus pretensiones de revisión a la existencia de una previa declaración o imposición fiscal, si la una y otra falta por estimar el fisco innecesaria la segunda, la carencia de ellas no puede ser suplida atribuyendo al edificio la imposición tributaria que tenía el solar y la única consecuencia es que en tanto dicha situación subsista no pueden los inquilinos promover con éxito la revisión de sus rentas, por faltar los presupuestos fácticos que posibilitan la revisión.* (S. 23 febrero 1968; ha lugar.)

13. RENTA: REVISIÓN: DETERMINACIÓN: *El Tribunal Supremo en sentencias dictadas exclusivamente en interés de la ley a virtud de recurso del Ministerio Fiscal, sienta como premisa que el art. 103 de la L. A. U., comprende tanto las rentas declaradas a Hacienda por los arrendadores como las rentas que fija la Hacienda como base del tributo en los casos de inexistencia de declaración, y solamente cuando faltan ambos datos, es cuando los Tribunales no pueden suplir tal carencia por procedimientos analógicos por ser misión propia de ellos, pero en el caso de autos si no hay renta declarada, hay en cambio renta fijada a efectos del tributo y no se abrogan los Tribunales ninguna función extraña a su misión, al tomar esa renta fijada por Hacienda como módulo de comparación con la que paga el inquilino para reducir ésta a la cuantía de aquélla tal como establece el artículo 103 de la L. A. U.* (S. 19 enero 1968; ha lugar.)

14. RENTA: REPERCUSIÓN: *Si el impuesto municipal de construcciones abusivas es repercutible, siempre lo será, pero nada impide al propietario renunciar a su repercusión y aún cuando perdiera el derecho a reclamar los vencidos, lo que sólo puede pasar por renuncia o prescripción, siempre podrá reclamar los corrientes.* (S. 9 diciembre 1967; ha lugar.)

15. RENTA: REPERCUSIÓN: IMPROCEDENCIA: *El Decreto de 26 de julio de 1956 no puede referirse al servicio de portería, ya regulado por una concreta y determinada Orden, dado su carácter esencial de prestación indivisible, y por tanto improrrateable, ya que se usa por igual por todos y cada uno de los inquilinos, ya que su labor esencial es velar por la buena marcha y limpieza de los elementos comunes del inmueble, como son el portal, escalera, pasillos, calefacción, ascensor, etc.* (S. 6 diciembre 1967; no ha lugar.)

NOTA.—La Orden de referencia es la de 25 de octubre de 1947, no derogada por el Decreto ni por la Disposición Final 2.^a de la L. A. U. El Decreto dispone que los aumentos de coste de los servicios se repercutirían sobre los arrendatarios proporcionalmente a la utilización de los mismos, y cuando no se pudiera determinar, la repercusión se hará proporcionalmente a las rentas.

16. OBRAS: EJECUCIÓN: *Ninguno de los preceptos contenidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos precisa o concreta nada relacionado con el lugar o sitio en que hayan de ser instalados los contadores de agua acordados o exigidos como obra de mejora por las partes contratantes de un convenio de inquilinato, circunstancia que al no poder ser suplida por las disposiciones generales de la legislación común por ser extraña a su ámbito, puede y debe resolverse por el juzgador "a quo" de acuerdo con los elementos de prueba y de juicio que consten en las actuaciones correspondientes.* (S. 18 enero 1968; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. RECURSOS: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: OBLIGATORIEDAD: *La obligatoriedad de pago o consignación que impone la L. A. U. para la admisión de recursos, no sólo afecta al arrendatario, inquilino y subarrendatario, sino también al tercero, que de cualquier forma intervenga en el proceso para hacer valer su derecho frente al del contrario, puesto ya que de otro modo quedaría incumplida la finalidad de evitar que durante la sustanciación de los recursos deje el arrendador de percibir los correspondientes alquileres.* (S. 22 febrero 1968: no ha lugar.)

2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE y RALUY

I. Derecho civil

1. ARRENDAMIENTO DE UNA HABITACIÓN DE UNA VIVIENDA: TIRANTEZ DE RELACIONES ENTRE EL ARRENDADOR Y EL ARRENDATARIO CONVIVENTES: *La tirantez de relaciones entre el propietario de una vivienda y el arrendatario de una habitación de la misma, que viven en el mismo piso, disponiendo de servicios comunes, no es causa de resolución, ni por necesidad, ni por actividades incómodas, aunque haya habido entre los dos un juicio de faltas sobre extremos no bien concretados.*

SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Sólo las sentencias del Tribunal Supremo constituyen doctrina legal.* (S. 20 octubre 1967; no ha lugar.)

2. RENUNCIA DE DERECHOS: NOVACIÓN EXTINTIVA DEL ARRIENDO: *La norma de la LAU sobre renuncia de beneficios no obsta a que las partes den por extinguido el arriendo y lo sustituyan por otra relación arrendaticia con pactos diversos.* (S. 16 octubre 1967; ha lugar.)

3. REQUERIMIENTO NOTARIAL: *Es eficaz el requerimiento notarial realizado con las formalidades legales, aunque, con arreglo a ellas, se haya entregado el instrumento de notificación a un vecino, por ausencia del inquilino.* (S. 11 octubre 1967; no ha lugar.)

4. CALIFICACIÓN DEL SUBARRIENDO: *Siendo el arriendo de vivienda, el subarriendo no puede ser de local de negocio.* (Implícitamente, S. 28 octubre 1967; no ha lugar.)

5. SUBARRIENDO: TÁCITA RECONDUCCIÓN: EFECTO DEL REQUERIMIENTO Y DEL ULTERIOR COBRO DE RENTAS: *No hay tácita reconducción del subarriendo si el subarrendador manifestó su voluntad de extinguir el contrato, sin que obste el que posteriormente a tal requerimiento y durante cuatro meses se percibiera la renta subarrendaticia.* (S. 21 junio 1967; ha lugar.)

6. PRESUNCIÓN CONTRARIA A LA EXISTENCIA DE SUBARRIENDO: *Hay que presumir la existencia de una relación de servicios y no de un subarriendo en el hecho de que, con la anciana inquilina, casi inválida, habite un matrimonio que cuida de la misma.* (S. 5 junio 1967; ha lugar.)

7. SUBARRIENDO: PRESUNCIÓNES: *La presunción de subarriendo que*

puede derivar de la ocupación del piso por extraños que conviven con el inquilino, queda desvirtuada por hechos como los de la atención natural y humana que unos hijos o yernos deben a sus padres o suegros, atención incompatible con el subarriendo. (S. 2 octubre 1967; no ha lugar.)

8. SUBARRIENDOS CON DERECHO DE PRÓRROGA FORZOSA: NOVACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: *No perjudica al subarrendatario que goza del derecho de prórroga forzosa el que el subarrendador extinga voluntariamente la primitiva relación arrendaticia y concierte seguidamente otra con referencia al mismo local.* (S. 17 octubre 1967; ha lugar.)

9. HOSPEDAJE: CALIFICACIÓN: *Si el inquilino cede, a quien con él convive, el uso de la habitación, con derecho a utilizar el comedor, proporcionándole los servicios de lavado y planchado de ropa y sirviéndole cena y desayuno, la relación entre ambos es de hospedaje y no de subarriendo, sin que tenga relieve en contra, el que el inquilino, al notificar la introducción de dicho tercero en la vivienda al arrendador, calificara de subarriendo a la relación entre ambos.* (S. 18 octubre 1967; no ha lugar.)

10. CADUCIDAD DE LA CESIÓN: *Si el inquilino abandonó la vivienda en 1959, dejando en ella a otra persona, el hecho de que el primero fallezca en 1965 no autoriza a resolver el contrato por fallecimiento del inquilino sin sucesión, ya que hay que entender que en 1959 se produjo una cesión, inatacable ya por caducidad de la acción.* (S. 11 octubre 1967; ha lugar.)

11. PRESUNCIÓN DE CESIÓN CONSOLIDADA POR CADUCIDAD DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA: *Probado que durante diecinueve años no ha ocupado el piso el inquilino y sí lo ha hecho una tercera persona, hay que entender que ello entraña una cesión de la primera a la segunda, cesión consolidada por la caducidad de la acción impugnatoria.* (S. 10 octubre 1967; no ha lugar.)

12. DURACIÓN DEL ARRIENDO: PRESUNCIÓN DERIVADA DE LA PERIODICIDAD DE PAGO DE LA RENTA: *Si no se pacta la duración del arriendo hay que entender que la misma es mensual si se paga por meses, sin que desvirtúe tal presunción el hecho de que el arrendatario realizara un préstamo al arrendador a devolver por descuentos mensuales del precio de la renta, ya que no puede considerarse que ello implique un plazo tácito de duración del arriendo hasta completar la devolución, tanto más cuanto que en el contrato se prevén los efectos, en cuanto al préstamo, de la extinción del arrendamiento antes del total reintegro del mismo* (S. 30 junio 1967; ha lugar.)

13. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA "MORTIS CAUSA": CONVIVENCIA: Se

produce la subrogación aunque hubiera interrupción de la convivencia base de la misma, si tal interrupción se debió a una justa causa como es la enfermedad. (S. 20 octubre 1967; no ha lugar.)

14. NECESIDAD Y SUPLICACIÓN: *La necesidad es un concepto jurídico, revisible en suplicación.* (S. 20 octubre 1967; no ha lugar.)

15. REQUERIMIENTO DENEGATORIO DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONTESTACIÓN: *El simple hecho de decir en la contestación que se rechaza la denegación por no existir la pretendida necesidad, no supone expresar una causa concreta de oposición.* (S. 16 octubre 1967; no ha lugar.)

16. NECESIDAD: PARALELISMO ENTRE EL REQUERIMIENTO Y EL JUICIO: *No se puede accionar ni excepcionar en el proceso resolutorio por necesidad con base en supuestos distintos de los invocados en el requerimiento y en la contestación al mismo.*

SUPLICACIÓN: FUNCIONES DE LA SALA: *La Audiencia Territorial puede actuar en funciones de instancia si no lo hizo el órgano "a quo".* (S. 30 octubre 1967; ha lugar.)

17. NECESIDAD: POSIBILIDAD DE ALZAR NUEVAS VIVIENDAS: *El arrendador que invoca la situación de necesidad no está obligado a alzar nuevas viviendas en el inmueble que posee, a efecto de satisfacer dicha necesidad.*

SUPLICACIÓN: ÁMBITO: *No cabe en este recurso una nueva revisión de la prueba.* (S. 22 septiembre 1967; no ha lugar.)

18. NECESIDAD DE VIVIENDA DE PERSONA SOLTERA: *El soltero, aunque haya vivido anteriormente en hoteles o pensiones, tiene derecho a tener hogar independiente, en vivienda de su propiedad, utilizando al efecto la denegación de prórroga por necesidad.*

SUPLICACIÓN: *La suplicación es un remedio excepcional, sólo admisible por causas taxativas.* (S. 19 junio 1967; no ha lugar.)

19. NECESIDAD DE RESIDIR EN DETERMINADA LOCALIDAD: *No es preciso probar que se ha de residir en la población en que está la finca reclamada si el beneficiario de la denegación de prórroga ya reside en ella, en casa de su padre.* (S. 28 septiembre 1967; no ha lugar.)

20. NECESIDAD DE HABITAR EN DETERMINADO LUGAR: PRUEBA: *No procede la denegación de prórroga por necesidad si no se acredita que el beneficiario de la denegación, que regresó de Francia instalándose en Madrid, tenga colocación en otro lugar, en que está la finca reclamada o*

existe otra razón que le obligue a residir en esta última ciudad. (S. 20 octubre 1967; no ha lugar.)

21. NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Procede la resolución por necesidad, aunque los padres de los beneficiarios de la denegación de prórroga tengan vivienda capaz para la convivencia conjunta de las dos familias. (S. 28 junio 1967; no ha lugar.)*

22. NECESIDAD: SELECCIÓN: *No cabe exigir que se expresen las circunstancias de proposición que puedan concurrir respecto a los inquilinos del arrendador que habite inmueble distinto de aquel en que está la vivienda objeto de la denegación de prórroga.*

COSTAS: APELACIÓN: *No procede imponer las costas al apelante si no se hace previa declaración de temeridad del mismo. (S. 5 junio 1967; ha lugar.)*

23. NECESIDAD: PRELACIÓN PARA LA SELECCIÓN: *A efectos de determinar el orden de la prelación hay que considerar que debe posponerse tanto al que en la vivienda tiene una academia de dibujo como al que simplemente ejerce la profesión de profesor particular pagando contribución. (S. 6 junio 1967; no ha lugar.)*

24. NO USO DE VIVIENDA: JUSTA CAUSA: *Es procedente la resolución por no uso de diez años, sin que sea obstáculo el que la inquilina, durante dicho plazo, haya estado asilada en un hospital.*

ACTOS PROPIOS: LEGITIMACIÓN: *No puede impugnar la legitimación de la parte adversa quien se la reconoció previamente. (S. 10 octubre 1967; no ha lugar.)*

25. REPERCUSIÓN DE AUMENTOS FISCALES: *Sólo son repercutibles las diferencias derivadas de la creación o elevación de los arbitrios y no lo son los aumentos de tributación derivados de los aumentos de renta que se perciban.*

SUPLICACIÓN: FINALIDAD: *La finalidad del recurso de suplicación es lograr la uniformidad en la aplicación de la LAU dentro del ámbito de cada Audiencia Territorial.*

SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *No pueden ser base idónea de la suplicación por infracción de ley las sentencias no reiteradas del Tribunal Supremo ni la doctrina científica. (S. 26 octubre 1967; no ha lugar.)*

26. ACCIONES DE REVISIÓN DE RENTA: PLAZO DE CADUCIDAD: *No puede considerarse caducada la acción revisoria si la demanda se presentó dentro de los tres meses previstos en el artículo 101 de la LAU, aunque la ratificación fuera posterior a dicho plazo.*

COSTAS: *Si un demandado es absuelto y se condena a los demás, el actor debe pagar las costas del demandado absuelto.* (S. 19 octubre 1967; ha lugar.)

27. REDUCCIÓN DE RENTA AL TIPO FISCAL: BASE FISCAL GLOBAL: *Cabe que el arrendatario reduzca, al amparo del artículo 103 de la LAU, la renta arrendaticia a la cifra que el arrendador ha declarado globalmente por todo el inmueble, en cantidad inferior a la renta del piso objeto de la revisión, según doctrina del T. S. en S. S. de 28 junio 1954 y 20 diciembre 1961.* (S. 22 septiembre 1967; no ha lugar.)

28. RESOLUCIÓN: LEGITIMACIÓN: *El usufructuario de una vivienda está legitimado para ejercitar la acción resolutoria del arriendo relativo a la misma, sin que para ello precise el consentimiento o autorización del nudo-propietario.*

JUBILACIÓN FORZOSA: NECESIDAD: *Es causa de necesidad la jubilación forzosa que determina para el jubilado la pérdida de la vivienda que ocupaba por razón del empleo.* (S. 8 junio 1967; no ha lugar.)

29. RESOLUCIÓN POR SUPUESTO SUBARRIENDO: *Procede la resolución si el inquilino, sin el consentimiento del arrendador ni notificación al mismo, introdujo en la vivienda a la familia formada por su hermana, cuñado y los cinco hijos de éstos.* (S. 3 julio 1967; ha lugar.)

30. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO NO NOTIFICADO: AUTORIZACIÓN DE OTRO SUBARRIENDO: *Procede la resolución si el inquilino, autorizado para subarrendar a una persona determinada, otorga luego un subarriendo en favor de otra, sin realizar la notificación del artículo 18 LAU.* (S. 11 octubre 1967; no ha lugar.)

31. OBRAS AUTORIZADAS POR ADMINISTRADOR: *Es válida la autorización de obras otorgada por el administrador del propietario, tanto más si se trata de obras ordenadas por la Administración Pública.*

AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE OBRAS: ELEVACIÓN DE RENTA: *La elevación de la renta, en contrapartida de la autorización judicial de obras, es una facultad discrecional del juzgador, si lo estima justo; el silencio de la sentencia al respecto hace presumir que se rechazó la elevación para no agravar la economía del arrendatario.*

SUPLICACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear con éxito cuestiones nuevas en su aplicación.*

COSTAS: APELACIÓN: *No cabe imponer las costas de la apelación al que compareció en dicho recurso para defender la sentencia de primer grado favorable a mismo.* (S. 27 octubre 1967; ha lugar.)

32. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES DELICTIVAS: *No cabe aplicar la causa octava de la resolución —actividades punibles— si la jurisdicción penal no ha conocido de tales hechos.* (S. 4 octubre 1967; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. COSTAS: TEMERIDAD: *No puede considerarse temerario al que se aquietta, en la apelación, a un fallo de primera instancia que le fue favorable.* (S. 24 octubre 1967; no ha lugar.)

2. SUPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *No procede suplicación en materia procesal.*

SUFLICACIÓN: FORMALISMO: *Hay que citar el apartado del artículo que se considera infringido.* (S. 17 octubre 1967; no ha lugar.)

3. SUPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *No cabe basar la suplicación en infracciones procesales ni en hechos distintos de los probados en la sentencia del órgano "a quo".*

COSTAS EN APELACIÓN: *Si en la sentencia de apelación se reconoció al arrendador el derecho a aumentar la renta por razón de las obras autorizadas en la sentencia, derecho que se le había negado en la instancia, no cabe imponer las costas de la apelación al arrendador recurrente.* (S. 1 junio 1967; ha lugar.)

4. SUPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: *No procede tratar del abuso de derecho en suplicación si el órgano "a quo" no aplicó tal doctrina en la instantancia.*

SUPLICACIÓN: CITA DE PRECEPTO INFRINGIDO: *En la suplicación por infracción de norma legal hay que citar el precepto infringido.* (S. 1 junio 1967; no ha lugar.)

5. SUPLICACIÓN: NATURALEZA: *La suplicación no es una tercera instancia.* (S. 29 noviembre 1967; no ha lugar.)

6. SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Una sola sentencia no constituye doctrina legal. Las sentencias de las Audiencias Territoriales no constituyen doctrina legal.*

AMBITO DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN: *La suplicación no es una instancia en que quepa una tercera valoración de la prueba.* (S. 20 junio 1967; no ha lugar.)

7. SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias de las Audiencias Territoriales no constituyen doctrina legal.* (S. 21 septiembre 1967; no ha lugar.)

3. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia

A cargo de Julio BONED SOPENA,
Magistrado

I. Derecho civil

1. RESOLUCIÓN POR FALTA DE SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA DENTRO DEL PLAZO LEGAL TRAS EL REQUERIMIENTO DE LA ARRENDADORA: *Declarado probado que los parientes del arrendatario fallecido con derecho a la subrogación, no comunicaron su deseo a la arrendadora y que pasados los noventa días sin que lo hicieran, la demandante por carta certificada dirigida a los herederos de aquél requirió a los ocupantes de la vivienda arrendada para que le comunicaran la subrogación del beneficiario con la advertencia de resolución por incumplimiento, si en el término de treinta días no lo hacían así, como así ocurrió, está bien decretada la resolución del contrato, de conformidad con lo prevenido en el art. 58 de la L. A. U. (S. 10 abril 1965; desestimatoria.)*

2. RESOLUCIÓN POR DEFECTO DE NOTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: ABUSO DE DERECHO: *La doctrina del abuso de derecho no opera en aquellos casos en los que las consecuencias lesivas nazcan de incumplimiento por parte de quien ha de soportarlas de obligaciones legales, que es el caso de la recurrente, puesto que infringió la obligación que el art. 58 da la L A U le imponía de notificar fehacientemente al arrendador su derecho a subrogarse, sin la cual aquél no tiene eficacia. (S. 9 abril 1965; desestimatoria.)*

4. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Magistrado

I. Derecho civil

1. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: PLAZO INDEFINIDO: TEMPORALIDAD: *No puede alegarse que el contrato verbal de arrendamiento sea por ello de plazo indefinido, con olvido de que el art. 1.543 C. c. impone la temporalidad, a la que no se falta, si no es determinada, pero sí determinable con arreglo al mismo contrato (S. de 30-3-1963), como sucede en el presente caso, por aplicación de lo prevenido en el art. 1.581, ya que al fijarse el alquiler anual se entiende hecho por un año, y, por tanto, desde que comenzó la prórroga forzosa en la primera Ley de Arrendamientos Urbanos está ese contrato en ella. (S. 2 febrero 1967; desestimatoria.)*

2. RESOLUCIÓN POR INEXISTENCIA DE PERSONA CON DERECHO A SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *Aun admitiendo que el artículo 58 de la LAU imponga al arrendador la obligación de efectuar el requerimiento como requisito previo al ejercicio de la acción resolutoria, siempre habrá que entenderlo para el supuesto de que existan personas, ocupantes o no de la vivienda, con derecho a subrogación en el contrato de inquilinato, al menos potencialmente, pero nunca en los que se parta de la afirmación terminante de que al fallecimiento del subrogado no ocupa la vivienda cónyuge ni descendientes legítimos, naturales o adoptivos, y en que la única ocupante carezca de todo derecho a que la subrogación opere en su favor. (S. 15 febrero 1967; desestimatoria.)*

3. AUTORIZACIÓN JUDICIAL AL ARRENDATARIO PARA EFECTUAR OBRAS: CARÁCTER DE ÉSTAS: *A la vista del precepto legal contenido en la causa séptima del artículo 114 LAU, las obras allí autorizadas son no sólo las necesarias —entendida esa necesidad en sentido absoluto—, sino que es bastante que supongan una mejora de las instalaciones y servicios que el negocio requiera, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso litigioso. (S. 22 febrero 1967; desestimatoria.)*

4. AUTORIZACIÓN JUDICIAL AL ARRENDATARIO PARA EFECTUAR OBRAS CUYA NECESIDAD SE HA ORIGINADO CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA LEY ACTUAL: *No cabe alegar la aplicación de la Disposición transitoria número 21 del texto arrendatario urbano refundido vigente, para obstaculizar la posibilidad de que el arrendatario pueda hacer uso de la facultad establecida en dicha causa, de pedir autorización judicial para efectuar obras en la vivienda arrendada, porque dicha Disposición no tiene otra finalidad que la de no dar carácter retroactivo a las causas de resolución arrenda-*

ticia, tema en absoluto ajeno al debatido. (S. 22 febrero 1967; desestimatoria.)

5. NECESIDAD: DESEO DE VIVIR CON INDEPENDENCIA: *Es reiterada doctrina jurisprudencial que el sólo propósito en un matrimonio de vivir con independencia, incluso de sus padres con quienes convivian, constituye verdadera y auténtica necesidad, a los efectos de denegar la prórroga y recobrar la vivienda para satisfacer ese propósito.* (S. 10 marzo 1967; desestimatoria.)

6. SUBROGACIÓN "MORTIS CAUSA" EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: LÍMITE DE LAS AUTORIZADAS: *Lo mismo que la Disposición transitoria undécima concede los beneficios que establece el artículo 60 para poder operar dos subrogaciones en los contratos de arrendamiento de locales de negocio actualmente vigentes, cualquiera que hubiera sido el número de las subrogaciones anteriores, la décima concede los mismos beneficios de dos subrogaciones, reconocidos en los arts. 58 y 59 a los contratos de inquilinato que se hallan en igual circunstancia.* (S. 17 marzo 1967; desestimatoria.)

II. Derecho procesa

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ADMISIÓN DE LA APELACIÓN SIN FIRMA DE LETRADO: *La infracción denunciada hace referencia a normas de carácter procesal que no pueden invocarse como fundamento del recurso.* (S. 10 marzo 1967; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: *No es invocable en suplicación la inaplicación de la teoria del abuso de derecho.* (S. 18 febrero 1967; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD: *No puede examinarse esta excepción, pues ya se alegue como dilatoria, ya como perentoria, supone vicio formal "in procedendo", que sólo puede ser tratado en casación por la vía del quebrantamiento de forma prevista en el artículo 1.693, número 2.º, LEC, y no por el cauce de las normas sustantivas (SS. 12-4-55 y 8-11-62), y sabido es que este recurso de suplicación participa de la misma naturaleza del de infracción de ley.* (S. 2 febrero 1967; desestimatoria.)

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.