

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXII
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLXIX

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.

JAIME 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

LUIS 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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

RODRIGO URÍA 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

MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: <i>La separación de hecho y la sociedad de gananciales</i> (Conclusión)	263
ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETE: <i>Preterición formal y material y nulidad de la institución</i>	313
LUIS DíEZ-PICAZO: <i>El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinagmáticos</i>	383

Bibliografía

Libros	405
<i>Atti del Convegno su la valutazione del danno alla persona</i> , por Gabriel García Cantero.—RICCIO, Stefano: <i>Il matrimonio nella Costituzione italiana</i> , por Gabriel García Cantero.—RODRIGUEZ-AGUILERA, César: <i>El lenguaje jurídico</i> , por Jesús Carnicero.	

Revista de revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz y Antonio Manuel Morales Moreno 408

Jurisprudencia

Sentencias 423

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125.—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 XXII
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
MCMLXIX

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.

La separación de hecho y la sociedad de gananciales

MANUEL de la CÁMARA ALVAREZ
Doctor en Derecho
Notario

(CONTINUACIÓN Y CONCLUSIÓN)

IV

INEXISTENCIA DE CONVENIO

Hasta aquí, hemos examinado la separación de hecho como problema que los cónyuges tratan de resolver de común acuerdo con mejor o peor fortuna. Pero en muchísimos casos, que seguramente constituyen mayoría, este acuerdo no existe. Bien porque no se llegue a él, bien porque ni siquiera se intente. En los supuestos de ruptura violenta, o de abandono, falla la serenidad necesaria para entablar negociaciones con probabilidades de éxito, y, a veces, falta hasta la posibilidad material de iniciar un diálogo. Parece lógico que en estas situaciones extremas, el cónyuge que se crea inocente acuda a la separación judicial. Sin embargo, no siempre es así. La carencia de recursos económicos, la ignorancia, el justificado temor al Juzgado, el miedo al escándalo, o simplemente la inercia, el no sentirse con fuerzas para luchar, anulan la iniciativa del cónyuge que hubiera podido tomarla. A veces, cuando el trauma de la separación pasa por su período algido y la indignación y el apasionamiento fluyen a borbotones, como brota la roja sangre de una herida recién abierta, se proyectan actitudes enérgicas y se fulminan mentalmente castigos y venganzas, legales o íntimos. Vienen entonces las consultas a los abogados, que siempre parecen fríos o indiferentes, y hasta se solicitan las medidas provisionales del artículo 67 del C. c. Pero no es extraño que después de recorrer los primeros pasos de ese largo y penoso camino que es la separación judicial el que lo ha emprendido se detenga y deje las cosas como están. La tempestad forense se disuelve en el vaso de agua de la pasividad. Los cónyuges, especialmente si cesan las provocaciones recíprocas, o si el culpable se quita de en medio, adoptan una actitud conformista y cada cual sigue la vida por su lado dejando latentes y sin solución, por el

momento, todos los problemas inherentes a su anómala situación. Claro está que hay muchas separaciones que evolucionan de modo diferente y se zanján con una sentencia. Pero como este trabajo versa exclusivamente sobre la separación de hecho, a nadie podrá extrañar que no me ocupe de las cuestiones, importantes y complicadas, que surgen en torno de la separación judicial, y mientras ésta se tramita.

La posición jurídica de los cónyuges separados de hecho, que no han puesto de su parte nada para clarificarla, es mucho más delicada y compleja que de la de aquellos esposos que han tenido el buen sentido de llegar a un convenio. Esa especie de armisticio que es el pacto de separación crea un "statu quo" que será todo lo frágil que se quiera, pero que, mientras sea respetado, facilita un "modus vivendi", más o menos confortable según las circunstancias, y que permite eludir, por de pronto, ciertos problemas que en otro caso pueden crear dificultades punto menos que insuperables. De estos problemas y de estas dificultades voy a ocuparme ahora, si bien, y como ya advertí al comienzo de este ensayo, estudiaré exclusivamente los que tienen fisonomía económica o patrimonial, y a aun éstos en cuanto guarden relación con la sociedad legal de gananciales.

Como he recordado anteriormente, la situación jurídica de la mujer casada separada de hecho es mucho más grave y difícil que la del varón. Por eso, también aquí voy a considerar primero la materia desde el punto de vista de los intereses femeninos, para lo cual conviene recordar que los problemas jurídicos que en el orden patrimonial plantea la separación de hecho a la mujer casada proceden principalmente de dos causas: la limitación de su capacidad patrimonial, y el dato de que sus derechos sobre el patrimonio común, "mientras está vigente la sociedad de gananciales, son prácticamente expectantes, o se traducen, exclusivamente, en medidas de tipo defensivo (170). De acuerdo con este planteamiento estudiaré con separación las cuestiones siguientes: alcance de la incapacidad que afecta a la mujer casada, con especial referencia de los supuestos en que no necesita licencia de su marido; medios de remediar la incapacidad posible, ingerencia de la mujer separada de hecho en la administración o disposición de los gananciales y valor jurídico de los actos que realice sin cumplir todos los requisitos que la Ley exige para su plena eficacia. Como casi todos estos temas han sido ampliamente debatidos por la doctrina no es necesario, obviamente, que yo los aborde en toda su extensión. Basta con que destaque el especial relieve que ofrecen de cara a la separación de hecho, y con que aventure, si se me permite, alguna opi-

(170) Empleo la expresión "expectante" en sentido figurado. No quiero, pues, significar que los derechos de la mujer, constante el matrimonio, estén, según decía la antigua doctrina, solo "in habitu" y no "in actu", ni, por tanto, que hasta la disolución de la sociedad sólo sea titular de una expectativa en sentido técnico. Estas posiciones, hoy superadas, fueron igualmente rechazadas por mí en el citado trabajo *El nuevo artículo 1.413 del C. c.*, pág. 87.

nión personal sobre ciertos extremos que para mí no están suficientemente aclarados, ni, en algunos casos, bien resueltos.

A) AMBITO DE LA INCAPACIDAD PATRIMONIAL DE LA MUJER CASADA

Como he indicado al exponer mis ideas sobre el fundamento y la naturaleza de la licencia marital, los artículos 60 y 61 del Código civil, y los demás que constituyen aplicaciones particulares de lo que disponen dichos preceptos, alcanzan íntegramente a la mujer casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales. Por el contrario, y según he procurado demostrar, estimo que esas normas no deben afectar a la mujer que se casa con separación de bienes, y, en todo caso, me parece posible integrar definitiva e irrevocablemente su capacidad mediante una licencia conferida en capitulaciones matrimoniales. Pero dado que el objeto de nuestro estudio es únicamente la separación de hecho en relación con la sociedad de gananciales, y como casi nunca se otorgan capitulaciones de no ser para excluir totalmente el régimen legal, esto implica que nuestra tarea consiste ahora en enfrentarnos con la interpretación y aplicación de aquellos artículos. El interés práctico de esta labor llega a su cenit, precisamente al referirla a la separación de hecho. Los esposos bien avenidos resuelven en la intimidad sus problemas económicos, de tal modo que el otorgamiento de la licencia suele ser tan sólo el cumplimiento de un mero trámite, necesario para que el acto jurídico, previamente decidido de común acuerdo, surta la plenitud de sus efectos. Las dificultades nacen de la desarmonía y suben de punto si la convivencia cesa en pleno clima de hostilidad. Por esto la separación de hecho viene a ser algo así como el banco de pruebas donde hay que constatar el funcionamiento de las normas atinentes a la capacidad jurídica de la mujer casada.

La doctrina, cuando trata de señalar los límites y la extensión de la capacidad patrimonial de la mujer casada, se muestra un tanto perpleja al comparar los artículos 60 y 61 del Código civil con el 1.263-3.º del mismo cuerpo legal. Así se dice que: "mientras el artículo 1.263-3.º parece considerarla (la incapacidad) como simple excepción pues al señalar las personas que no pueden contratar se refiere a las mujeres casadas en los casos expresados por la Ley, los artículos 60 y 61, al establecer con fórmula tan comprensiva que el marido es el representante de su mujer, y que ésta no puede adquirir enajenar, ni obligarse, parecen llevarnos a la conclusión contraria" (171). Planteadas la presunta contradicción, y en trance de resolverla, los autores más progresivos afirman que toda incapacidad debe ser interpretada de modo restrictivo, y, por tanto, si algún resquicio queda entre los preceptos del Código que sancionan las diversas incapacidades debe aprovecharse para reconocer, en el punto concreto de que se trate,

(171) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*. 1949, tomo I, vol 2, pág. 393.

la capacidad de la mujer (172). Por mi parte nada tengo que oponer a este criterio interpretativo, en lo que tiene de favorable a la capacidad de la esposa, pero sí me importa subrayar que, por desgracia, y a la hora de sacar las consecuencias de esa declaración de principio todo queda prácticamente en agua de borrajas. Me viene a las mientes, sin poderlo remediar, la aguda frase de un ilustre compañero quien con razón dice que “en derecho todo lo que no son efectos es simple literatura”.

Para no limitarse a hacer literatura en materia tan importante y delicada, es menester, ante todo, replantearse el problema sistemático que comporta la confrontación de los artículos 61 y 1.263-3.º del Código civil. En este orden de cosas hay que empezar por reconocer que la contradicción de los dos preceptos, si se les sitúa en el mismo plano, es cierta e insalvable. El artículo 61, al menos para los contratos “sensu stricto”, es decir para los creadores de obligaciones, que son, precisamente, los contemplados por el artículo 1.263-3.º, sanciona una limitación general a la capacidad de la mujer para celebrarlos, si bien admite que pueda llevarlos a cabo “en los casos y con las condiciones establecidas por la Ley”. En cambio el artículo 1.263-3.º nos dice que sólo en los casos previstos por la Ley no podrá la mujer prestar su consentimiento. La contradicción, a mi juicio, y según ya puse de relieve anteriormente, sólo puede evitarse si se admite que ambos artículos enfocan al problema desde una perspectiva diferente, y se acepta que mientras el artículo 61 está pensando en la capacidad de la mujer casada bajo el régimen de gananciales y es, por tanto, consecuencia del artículo 59, el artículo 1.263-3.º contempla la capacidad contractual de la mujer casada en general, abstracción hecha del régimen de bienes que rija su matrimonio. De esta forma la incapacidad del artículo 61 (por lo que respecta a la asunción de obligaciones por contrato) puede considerarse recogida en el artículo 1.263-3.º, si bien, por referirse el primer precepto únicamente a la mujer casada en régimen de gananciales, y no a toda mujer casada, se justifica que el 1.263-3.º no considere esta incapacidad como incapacidad general.

Delimitadas las relaciones recíprocas entre los artículos 61 y 1.263-3 del Código civil, de acuerdo con la orientación que anteriormente había quedado apuntada, cumple que abordemos directamente el análisis del primero de dichos preceptos. He dicho que éste artículo sanciona una limitación a la capacidad de carácter “casi” general. Conviene aclarar lo que quiero significar con esta expresión tal vez un tanto ambigua. Considero que la limitación de capacidad a que se refiere el artículo 61 es de orden general porque se proyecta sobre grupos genéricos de actos jurídicos (según resulta de las expresiones “adquirir a título oneroso o gratuito”, “enajenar”, “obligarse en general”) y no sobre tipos negociales concretos. En consecuencia,

(172) DE BUEN, cit. por CASTÁN, obra y lugar citados, quien hace suya esta opinión.

cuando al examinar la regulación de un determinado contrato o acto jurídico no encontramos en ella norma ninguna que, directa o indirectamente, aluda a la capacidad de la mujer para realizarlo tendremos que pronunciarnos por la falta de capacidad, siempre y cuando, claro está, que el acto pueda ser subsumido dentro de alguna de aquellas categorías genéricas (172 bis). Pero la falta de capacidad establecida por el artículo 61, aunque es de tipo general, en el sentido expuesto, no lo es totalmente, ni tiene, por consiguiente, carácter absoluto. En primer término porque el propio artículo 61 nos dice que la mujer casada podrá celebrar los actos que en principio le prohíbe realizar "en los casos y con las formalidades previstas por la Ley". Este inciso incluye, desde luego, los supuestos en que la mujer puede actuar sin licencia de su marido, pero es que, además, y dado que se remite a la regulación que en cada caso se haga del problema permite que éste se resuelva poniendo en juego, previamente, las normas concretas que directa o indirectamente se refieran al mismo, de tal modo, que sólo ante la ausencia de toda reglamentación tendremos que acudir a lo que el artículo 61 dispone. Por otra parte, aunque los límites en que este artículo acota la incapacidad de la mujer casada son muy amplios no llegan a abarcar toda la actividad jurídico-patrimonial de la persona. En la medida en que el acto que pretenda realizar la mujer no encaje claramente en alguna de las tres categorías, "adquirir", "enajenar" u "obligarse" hay que admitir su capacidad para otorgarlo. Lo que no resulta lícito, porque sin duda es cierto que las incapacidades han de interpretarse restrictivamente, es entender aquellas expresiones en un sentido lato para así extender el campo de actuación de la incapacidad. Este doble mecanismo interpretativo nos permite, como en seguida veremos, no sólo ensanchar el área de aplicación de las normas que permiten a la mujer actuar sin licencia del marido, sino acaso también ampliar el número de supuestos en que tal actuación independiente resulte admisible.

Centrada de esta forma la cuestión, y para no incurrir en el mismo defecto que he tenido el atrevimiento de denunciar, descendamos de lo general a lo particular y puntualicemos cuáles son los negocios jurídicos de derecho patrimonial que la mujer casada puede realizar por sí sola. Examinaré primeramente los actos a través de los cuales la mujer puede hacer efectiva la facultad, que expresamente se le reconoce, de administrar libremente sus bienes parafernales, y consideraré después el tema, aun borroso, de las adquisiciones a título gratuito.

(172 bis.) Por ejemplo, ninguno de los artículos del Código que reglamentan el préstamo mutuo aluden al tema de la capacidad de la mujer casada para concertarlo. La aplicación del artículo 61 (la mujer no puede obligarse en general) nos lleva a la conclusión de que la mujer no puede tomar dinero a préstamo sin licencia de su marido. La solución tendría que ser la opuesta de entender que es aplicable el artículo 1.263, 3.º, y que este precepto prima sobre el artículo 61.

a) *Administración de los bienes parafernales.*

El artículo 1.384 del Código civil dice que la mujer tendrá la administración de sus parafernales, a no ser que los hubiere entregado al marido ante Notario con intención de que los administre. No interesa ahora que nos ocupemos de la administración confiada al marido, cuestión que ya ha sido tratada en este trabajo, sino que hemos de centrar nuestra atención sobre la primera proposición del precepto, que reconoce a la mujer la potestad de administrar su patrimonio parafernial. Nótese que de una manera expresa el artículo 1.384 no dice que la mujer pueda prescindir de la licencia de su marido para ejercer esta administración, y por ello, a raíz de publicado el Código, se discutió si la mujer podía por sí sola celebrar contratos que, a pesar de ser necesarios para la administración, estuvieran incluidos dentro de la regla general formulada por el artículo 61 (173). La posición negativa, con arreglo a la cual la mujer sólo podría llevar a cabo actuaciones puramente materiales, es absolutamente indefendible y, por fortuna, ha sido resueltamente rechazada por la doctrina moderna y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, toda vez que el artículo 1.387 exige la licencia del marido para que la mujer pueda gravar, enajenar o hipotecar los parafernales y nada dice al respecto por lo que toca a su administración resuelta evidente que la Ley permite a la mujer la libre celebración de aquellos actos jurídicos a través de los cuales ejercite la facultad de administrar que se le concede, aunque se trate de actos comprendidos en las rúbricas genéricas del artículo 61, lo que, desde luego, no plantea el menor problema desde el punto de vista de la interpretación sistemática, puesto que, como vimos, las últimas palabras de este artículo abren la puerta no sólo a posibles excepciones, sino que además se remiten a lo que pueda estar previsto para cada supuesto especial en particular.

El ámbito de la administración, dentro del cual la mujer puede moverse libremente, es decir, sin licencia del marido, ha de señalarse con generosidad. La interpretación (combinada) de los artículos 1.384 y 1.387 nos debe llevar a la conclusión de que la mujer, por lo que respecta a la dirección económica de sus parafernales, no tropieza con otras limitaciones que las que derivan del segundo precepto citado. Las facultades de la mujer se extienden, pues, no sólo a los actos de pura gestión conservativa, sino también a todos los que tengan por fin obtener de su patrimonio parafernial el rendimiento que es susceptible de dar. Es decir, le corresponde no sólo la administración or-

(173) Este era el criterio de buena parte de la doctrina e incluso de la Jurisprudencia anterior al Código. Formalmente esta inadmisibile tesis tenía su punto de apoyo en el hecho de que si bien las Partidas sancionaban la capacidad de la mujer para administrar sus bienes propios, esta facultad no había sido recogida por las leyes de Toro, las que, además, con mayor amplitud que el artículo 61, se oponían a que la mujer celebrara por sí misma toda clase de contratos.

dinaria, sino también la que se ha llamado extraordinaria (173 bis). Únicamente le veda la Ley enajenar, gravar o hipotecar los propios bienes parafernales, o sea, lo que constituye el capital productivo, la sustancia de aquel patrimonio (174).

La mujer puede, por consiguiente, explotar directamente sus propios bienes, y está, consecuentemente, capacitada para efectuar todos los contratos conducentes a este fin, desde la contratación del personal necesario, hasta la adquisición de los elementos precisos para la producción, pasando por la venta o enajenación de los frutos que se obtengan para pagar gastos y establecer el beneficio líquido. Sólo respecto a éste tiene el marido derecho a exigir la entrega para incorporarlo a la masa ganancial, pues, como ha recordado la Jurisprudencia (175), la mujer no es una simple recaudadora de frutos y rentas. Sólo hay un caso concreto en el cual la mujer no puede hacer efectivo su derecho a explotar por sí misma su caudal privativo, pues se interfiere una norma concreta que se lo impide. Como el marido puede oponerse a que la mujer ejerza el comercio, su veto la incapacitará para administrar un establecimiento mercantil heredado o que ella misma haya creado antes de casarse. La solución del problema en tales casos, si efectivamente el marido se opone a que su mujer ejerza el comercio, no deja de ser particularmente anómala. Habrá que liquidar

(173 bis) La terminología en este terreno es muy confusa, y con esta confusión terminológica no ganan ciertamente en claridad las ideas. Yo propondría sustituir los términos "administración ordinaria" y "administración extraordinaria" por los de administración conservativa y administración plena. La primera comprendería la facultad de percibir los frutos o rendimientos, satisfacer los gastos de entretenimiento y, en general, la de realizar aquellos actos dirigidos a la conservación de los bienes administrados. La segunda, es decir, la administración plena, incluiría además la potestad de realizar todos aquellos actos dirigidos a conseguir que los bienes administrados produzcan su rendimiento normal de acuerdo con su destino. Mientras la administración conservativa es eminentemente estática, la administración plena tiene un signo dinámico. Fuera de los actos de administración (en cualquiera de los dos sentidos expuestos) están los actos de riguroso dominio. Son éstos los que comprometen la existencia, individualidad, o el valor de un elemento estable del patrimonio, ya consistan en actos jurídicos propiamente dichos (por lo general, enajenaciones o gravámenes) o en disposiciones de hecho.

(174) La mujer no puede llevar a cabo, tampoco, los actos asimilados a la enajenación; así, por ejemplo, la transacción (cfr. arts. 1.713 y arts. 1.810 y sigs., que exigen para transigir la misma capacidad que para enajenar). Por otra parte, el significado de la transacción como equivalente jurisdiccional (ver sobre este punto más atrás) y el hecho de que según el artículo 1.387 la mujer necesita igualmente licencia del marido para comparecer en juicio, al efecto de litigar sobre los bienes parafernales, refuerzan esa conclusión. En cuanto a los actos que indirectamente pueden equivaler a una enajenación, por cuanto que comprometen el patrimonio, concretamente me refiero a la asunción de obligaciones, su licitud dependerá de que el acto sea en sí un acto de administración o se otorgue para hacerla posible. Así, el Tribunal Supremo (S. de 14 de enero de 1928) considera válido el préstamo contraído por mujer casada sin licencia del marido para atender a la conservación de sus bienes.

(175) SS. de 16 de octubre de 1918 y de 30 de septiembre de 1958.

el negocio o arrendarlo. Los dos términos de la disyuntiva pueden resultar sumamente perjudiciales para los intereses de la esposa, quien tampoco tiene obligación de conformarse con que sea el marido quien asuma la dirección y la explotación de la empresa. Y llegados a este punto convendría tal vez preguntarse si en las hipótesis presentadas no se podría sostener con fundamento que el artículo 1.384 del Código civil ha derogado los preceptos correlativos del Código de comercio y en particular el 9 de dicho cuerpo legal. Como se ha dicho autorizadamente el Código civil no tiene eficacia derogatoria general sobre los textos jurídicos de materia no civil (el Código de comercio, por tanto), pero si la despliega respecto de las disposiciones de aquellos que sean contradictorias o incompatibles con las del primero (176). Comprendo que el hecho de que el ejercicio del comercio afecte directamente a la actividad personal de la mujer es un serio obstáculo que en todo caso se opone a la posibilidad de que aquélla lo ejerza sin licencia de su marido, pero no me parecería ningún desatino aplicar por analogía, siempre que se trate de la administración de un negocio parafernial, lo dispuesto por la Ley de 22 de julio de 1961, y, por consiguiente, sostener que la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho. Dentro de los amplios términos en que está concebido el artículo 1 de la citada Ley, cabe, desde luego, la actividad mercantil. Me parece evidente, de prosperar la interpretación que dejo apuntada, la necesidad de aplicar a estos supuestos el artículo 12 del C. de c., pues cuando la mujer ejerce el comercio sin el consentimiento del marido no es admisible que a las resultas de su gestión queden obligados todos los gananciales.

La explotación indirecta, por vía de arrendamiento (única posible según la clase de bienes de que se trate), debe reputarse igualmente permitida. La legislación sobre arrendamientos rústicos así lo autoriza expresamente (177). La Ley de arrendamientos urbanos no contiene ninguna disposición similar, no obstante lo cual la solución debe ser la misma. No sólo porque jurisprudencialmente se ha afirmado que la celebración de un contrato sujeto a la L. A. U. es acto de administración, sino porque, aunque se trata de un acto que excede de la administración ordinaria, como yo pienso, lo indudable es que por su finalidad encaja dentro del significado y función genérica de los actos de administración y no es un acto asimilable "sensu stricto", a los actos de riguroso dominio (178).

(176) Confrontar CASTRO, *Derecho civil de España*, cit. Tomo I, vol. preliminar, pág. 222.

(177) Artículo 3, apartado c) del Reglamento de Arrendamientos rústicos de 29 de abril de 1959.

(178) No se trata de un gravamen en sentido estricto, en primer lugar porque no está claro que el derecho arrendaticio sea un derecho real. Según la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia, el arrendamiento sólo da lugar a un derecho personal a favor del arrendatario, aunque se trate de

Punto discutible, aunque de importancia evidente, es averiguar si la potestad de administrar que el artículo 1.384 concede a la mujer incluye también la de invertir sus parafernales. Me refiero, claro está, a la inversión del dinero parafernalar que forme parte del patrimonio de la mujer, no a la conversión en dinero de otros bienes parafernales para su posterior reinversión. Este último supuesto entraña una previa enajenación que la mujer no puede realizar sin licencia del marido. El problema, pues, sólo puede plantearse respecto del dinero que, como tal dinero, existe ya en el patrimonio de la mujer. Este dinero puede proceder de dos fuentes. O es rendimiento obtenido del capital parafernalar, o constituye parte integrante de ese capital. En el primer caso, y en la medida en que la mujer está obligada a entregar al marido los frutos de sus parafernales, hay que aceptar que la facultad de invertir el metálico

arrendamientos sujetos a la legislación especial. Únicamente un sector de la doctrina entiende que el arrendamiento se transforma en derecho real cuando se inscribe en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 2.º, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria. A mi modo de ver, y como he tratado de demostrar en otras ocasiones (*Notas críticas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca como derecho real*, en R. D. P., 1949, págs. 377 y sigs., y en *El nuevo artículo 1.413 del C. c.*, cit., pág. 148), el arrendamiento, siempre que por virtud de la inscripción, o por ministerio de la Ley, perjudique a tercero, de modo que quede eliminada la aplicación del artículo 1.571 del C. c., adquiere el rango de derecho real, rango que ya tiene en potencia por su propia naturaleza y contenido. De ser válido, pues, mi punto de vista, habría que concluir que los arrendamientos sujetos a la LAU son actos que gravan la propiedad de los bienes arrendados, y por tanto, están sujetos a la limitación del artículo 1.387. Aunque esta solución sería dialécticamente correcta, estimo, sin embargo, que el arrendamiento es un gravamen especialísimo, que por su finalidad típica difiere de los demás gravámenes en general, y en cambio responde a la función característica de los actos de administración (plena), que es, como hemos visto, obtener de los bienes su rendimiento normal de conformidad con su destino. Por esta razón, y aunque el arriendo, en ciertas hipótesis, represente la constitución de un verdadero gravamen, no debe considerarse que entraña un acto de riguroso dominio. Fundándome, más que en la naturaleza real o personal del derecho arrendaticio, en la aplicación analógica del artículo 1.548, sostuve que el marido no podía, sin consentimiento de su mujer, arrendar inmuebles gananciales por plazo superior a seis años, ni tampoco los que estuviesen sujetos a la legislación especial. Entendía, para llegar a esta última conclusión, que si el arrendamiento se convertía de acto de administración en acto de disposición a consecuencia de pactarse por una duración superior a seis años, igual criterio había de presidir la calificación de aquellos arriendos prorrogables indefinidamente a voluntad del arrendatario. Por lo que se refiere a esta equiparación, y a la aplicación, por tanto, del artículo 1.548 a los arrendamientos que deban regirse por la legislación especial, sigo pensando ahora lo mismo que entonces. En cambio no tengo inconveniente en reconocer que probablemente me excedí al afirmar que los arrendamientos a que se refiere el artículo 1.548, y los sujetos a la legislación especial, eran actos de riguroso dominio (o de disposición) y que el marido, por tanto, necesitaba para celebrarlos el consentimiento uxorio. En realidad, la duración del arriendo no puede cambiar la naturaleza del acto en virtud del cual se concerta, pues la finalidad típica e inmediata a que este acto responde es siempre la misma y ella le adscribe al sector de los actos de administración. Lo que sucede es que, pese a ser acto de administración, el artículo 1.548 estima que los arrendamientos a que se

que por su condición de fruto ha devenido bien ganancial, corresponde únicamente al marido (179). En la segunda hipótesis, por el contrario, es decir, cuando el dinero sea capital, la potestad de invertirlo compete únicamente a la mujer, pero lo que hemos de preguntarnos es si puede hacerlo por sí misma sin contar con su marido, o si necesita licencia de éste. A favor de la necesidad de la licencia militan razones de indudable consistencia. Para empezar, al marido no le es indiferente la forma en que se invierta el dinero parafernial, entre otras razones porque la suerte favorable o adversa que corra la inversión repercute indirectamente sobre la sociedad de gananciales llamada a percibir los frutos del capital de la mujer. Al marido, pues, en su doble concepto de partícipe y de administrador de la sociedad de gananciales, le importa controlar las inversiones que haga la mujer con su propio dinero. Además, el artículo 61 dice que la mujer no puede adquirir a título oneroso, lo que impide, en principio, que la mujer compre, y así obstruye el canal a través del que se realizan normalmente las inversiones. Por último, y en un sentido rigurosamente estricto, también la inversión, y en particular la compra, constituyen una enajenación del dinero que se invierte, que vendría alcanzada por el artículo 1.387. A esta idea responde el artículo 1.388, según el cual "cuando los parafernales cuya administración se reserva la mujer consistan en metálico o efectos públicos, el marido tendrá derecho a exigir que sean invertidos en términos que hagan imposible su enajenación o pignoración sin su consentimiento".

Estas razones, a pesar de su fuerza indiscutible, tal vez no sean del todo decisivas. Ciertamente el marido está interesado en que la

refiere, por su especial importancia, no pueden celebrarse por los administradores de bienes ajenos. Pero esto no postula que quien administra sus propios bienes, aunque en algún sentido tenga limitadas sus potestades de disposición, no puede efectivamente otorgar estos arrendamientos y los que son asimilables a ellos. Cuando esta limitación deba interpretarse restrictivamente, como sucede respecto del marido por lo que se refiere al otorgamiento de actos dispositivos sobre los bienes inmuebles gananciales, o cuando la facultad de administrar deba ser amplia y generosamente entendida, como ocurre con la que ostenta la mujer sobre sus parafernales, no parece procedente la aplicación extensiva del artículo 1.548. Esta aplicación extensiva debe quedar concretada a la celebración, por las personas a que ese precepto se refiere, de contratos sujetos a la legislación especial, aunque la duración pactada sea inferior a seis años. El derecho de prórroga forzosa reconocido al arrendatario priva de valor, desde este punto de vista, a la estipulación contractual que establezca un plazo más breve.

La Jurisprudencia, según se dice en el texto, considera actos de administración la celebración de arrendamientos sujetos a la LAU. Cfr. Sentencias de 29 de abril de 1950 y 3 de diciembre de 1954.

(179) Como ya advertí anteriormente, este derecho del marido sólo puede proyectarse sobre el beneficio líquido. La mujer puede, en uso de su facultad de administrar, aplicar en primer término el dinero obtenido a pagar los gastos causados por la conservación o explotación de sus bienes, e incluso destinar una suma prudencial a la amortización de los elementos de su activo, o a la adquisición de los útiles necesarios para que aquélla continúe, e incluso para que se desarrolle racionalmente.

mujer no invierta su dinero parafernial de forma que él estime equivocada, pero la aparente legitimidad de este argumento nos llevaría también a la conclusión de que ese interés existe igualmente, y, por tanto, debiera ser análogamente tutelado, frente a actos administrativos típicos como, por ejemplo, el arrendamiento. En tanto el acto de que se trate sea acto de administración parece que el interés del marido debe ceder ante el que tiene la mujer en regir libremente su propio patrimonio, puesto que la Ley le faculta para administrar, sin licencia, los bienes paraferniales. Factor importante para saber a qué carta quedarnos es, en primer término, puntualizar si la inversión de dinero puede ser considerada acto de administración. Para mí la contestación es desde luego muy clara: la colocación de un capital que se posee en efectivo es, sin duda alguna, acto de administración. No sólo porque el único medio de obtener del dinero su rendimiento normal ("pecunia non parit pecunia") es precisamente su inversión en bienes productivos, sino porque, además, tener hoy dinero paralizado equivale a irlo perdiendo poco a poco a causa de ese fenómeno, por lo visto inevitable, que es la devaluación, oficial o no, de la moneda.

El signo económico de la inversión, y su consiguiente encasillamiento en el cuadro de los actos de administración, nos permite orillar el escollo que representa el artículo 61. Es cierto que la mujer, según este artículo, no puede adquirir a título oneroso sin licencia de su marido, pero como sabemos la aplicación de la limitación general de capacidad formulada por ese precepto ha de venir modalizada, por lo que pueda estar establecido para cada caso en particular. El artículo 1.384 nos autoriza para concretar las adquisiciones onerosas que la mujer no puede realizar a las que no tengan por finalidad primordial colocar su dinero parafernial. Las adquisiciones que le estarán vedadas por lo tanto serán aquellas que versen sobre bienes destinados al consumo (excepto al consumo de uso ordinario de la familia), o simplemente improductivo. El artículo 62 carga el acento prohibitivo sobre las adquisiciones de tipo suntuario, lo que no deja de ser un síntoma, bien que no decisivo. En cambio, el artículo 1.388 parece responder al criterio opuesto por cuanto que concede al marido la facultad de exigir que el metálico parafernial se deposite o invierta "en términos que no pueda ser enajenado sin su consentimiento". Está claro que si el marido ejercita esa facultad y consecuentemente el dinero privativo de la mujer queda bloqueado toda posible inversión, vendrá, de hecho, sujeta al control marital. Pero ¿qué sucede si el marido no hace uso del derecho que le reconoce el artículo 1.388? (180). Dada la naturaleza especial del dinero

(180) Resulta absurdo aplicar este precepto al régimen de separación absoluta de bienes, como ha hecho el Tribunal Supremo en una ocasión (S. de 23 de mayo de 1916), pues la única justificación posible de la facultad que se concede al marido es evitar que, a través de una inversión desafortunada, o de la realización de gastos consuntivos, resulte perjudicada la sociedad de gananciales. El propio LACRUZ, tan contrario a subordinar la capacidad de la mujer

y el hecho de que el marido si no impide su enajenación es porque no quiere, pues le basta exigir que se adopten las medidas previstas por el artículo 1.388 para evitar que aquél sea gastado sin consentimiento suyo, parece que lo acertado es negar al esposo la facultad de impugnar los actos a través de los cuales su cónyuge haya gastado el dinero que le pertenece. La solución tiene aun un mayor fundamento si del metálico se ha dispuesto para invertirlo, pues entonces la validez del acto se apoya, además, en la facultad de administrar que la propia Ley concede a la mujer (181).

Por todo lo dicho, yo creo posible sostener que las inversiones que la mujer efectúe con su dinero parafernial, mientras no conste la oposición del marido, y más aún si éste ha consentido expresa o tácitamente que pueda disponer del mismo (182), son válidas, y no podrán ser impugnadas alegando que el acto, a través del cual se han efectuado, lo llevó a cabo la mujer sin licencia. En su virtud considero definitivamente eficaces, y no impugnables, las compras que la mujer realice sin autorización marital siempre que concurren estas dos circunstancias: primero, que la compra constituya una inversión "sensu stricto", es decir, que se refiera a un objeto actual o potencialmente productivo; y segunda, que se efectúe con dinero parafernial (183).

casada al régimen de bienes del matrimonio, acepta que la potestad reconocida al esposo por el artículo 1.388 pueda ser renunciada en capitulaciones matrimoniales. Ob. cit., pág. 426.

(181) Aunque de forma un tanto imprecisa y vacilante, éste es el criterio que apuntan algunas disposiciones posteriores al Código civil. La Ley de 14 de junio de 1909 y el Reglamento de 13 de enero de 1916 permiten a la mujer casada hacer imposiciones en la Caja Postal de Ahorros y formular peticiones de reintegro sin asistencia marital mientras el marido no haga uso de la facultad que le otorga el artículo 1.388 del C. c., y al efecto exige al marido que formule su oposición judicialmente. Aun en ese caso podrá la mujer realizar extracciones con autorización del Juzgado municipal. Por mi parte, no veo inconveniente en generalizar lo que establecen esas disposiciones (salvo por lo que respecta a la competencia de los Jueces municipales para autorizar las disposiciones de fondos contra la oposición del marido) a la apertura de cuentas corrientes o cartillas de ahorro en cualquier establecimiento bancario, siempre que la mujer demuestre suficientemente que el dinero que deposita es parafernial. En otro caso, se interfiere la presunción del artículo 1.407 del C. c. y, por consiguiente, no se podrá autorizar a la mujer para que disponga de los saldos de las cuentas sin consentimiento de su marido, pues del dinero ganancial (o presuntivamente ganancial) sólo puede disponer el varón. Ver en este sentido las acertadas observaciones críticas de LACRUZ a las normas sobre apertura de libretas en la Caja Postal de Ahorros (ob. cit., pág. 189).

(182) Por ejemplo, si la ha autorizado para abrir una cuenta corriente y para retirar los saldos de la misma.

(183) Extremo que habrá de acreditarse si se pretende otorgar una escritura inscribible sin las restricciones del artículo 94 del Reglamento Hipotecario. En cuanto al dato, esencial, de que la compra represente una inversión, se trata de un punto que, en ocasiones, puede dar lugar a dificultades. Entiendo que el problema ha de resolverse con criterios flexibles, y como indico en el texto, no parece necesario que la cosa comprada sea susceptible de producir inmediatamente frutos. Es también inversión la que recae sobre un objeto que llegará a dar rendimiento mediante sucesivas transformaciones (por ejemplo, un solar) o que tiene por fin poner en producción un bien momentáneamente improductivo; por ejemplo, la construcción sobre suelo propio con dinero propio.

Sin duda alguna han de resultar posibles aquellas inversiones que deben reputarse necesarias para que los bienes de la mujer no experimenten menoscabo. El ejemplo típico lo constituyen los desembolsos, por cuenta de nuevas acciones, que correspondan a la mujer que ha ejercitado el derecho de suscripción preferente inherente a acciones de su propiedad privativa. Como hemos recordado anteriormente, la no suscripción de las acciones que una sociedad emite al aumentar su capital erosiona el valor político y económico de las acciones antiguas, lo que se evita mediante la suscripción de las nuevas acciones. Ciertamente del perjuicio que comporta a las acciones primitivas, la emisión de las nuevas puede el accionista resarcirse mediante la enajenación de su derecho de suscripción preferente. Pero parece evidente que el marido no puede imponer a su mujer la venta del cupón, pues la iniciativa en la enajenación de los parafernales corresponde siempre a la mujer, aunque necesite licencia del marido. Si la mujer decide no vender el derecho de suscripción (de naturaleza privativa, como antes vimos), éste ha de ejercitarse para no llegar a la absurda y nihilista solución que consiste en no vender ni suscribir. Claro está que si la mujer carece de efectivo propio con qué acudir al pago del dividendo o dividendos pasivos, el marido, en su calidad de administrador de la sociedad de gananciales, no está obligado a facilitar con cargo al patrimonio común los fondos precisos para ello. Pero no tiene derecho a impedir que la mujer invierta su metálico parafernala en la suscripción. Esta inversión, supuesto que el otro término de la disyuntiva no le puede ser impuesto, constituye clarísimamente un acto de administración (casi diría de administración conservativa) de su propio patrimonio, que, sin discusión, a mi juicio, está amparado por el artículo 1.384 del Código civil. Paralelamente, la mujer puede también decidir la venta del derecho de suscripción sin que para la efectividad de esta venta sea aplicable el artículo 1.387. De la misma manera que el marido no tiene facultades para obligar a su mujer a que enajene el derecho de suscripción preferente, tampoco las tiene para exigirle que lo ejercite. En primer lugar, la potestad de invertir su dinero parafernala corresponde exclusivamente a la mujer, aunque en el ejercicio de la misma quede sujeta al control marital, en segundo término, es muy posible que la mujer carezca de dinero propio. En este último caso es a todas luces evidente que el marido ni está legitimado para acudir por sí a la suscripción de nuevos títulos (con dinero privativo o ganancial), ni menos aún puede imponer a su mujer que tome el dinero anticipado de la sociedad de gananciales, lo que entre otras cosas implicaría (ver sobre este punto lo dicho más atrás) que las nuevas acciones fueran, total o parcialmente, gananciales.

Pasemos ahora a otra cuestión. Dentro de la órbita de los actos jurídicos que la mujer puede tener interés en realizar, a efectos de regir sus bienes parafernales, hay algunos que, por su propia naturaleza, no pueden ser adscritos al grupo de los actos de administra-

ción o de riguroso dominio. Como he dicho en otra ocasión (184), no todo acto jurídico patrimonial encaja claramente en alguno de los dos grupos: actos de administración, actos de disposición (o de riguroso dominio). Desde este punto de vista hay actos que son, en cierto modo, neutros, y con respecto a ellos conviene preguntarse si la mujer podrá o no realizarlos sin licencia de su marido. A mi modo de ver, la respuesta debe ser afirmativa siempre que el acto no pueda ser subsumido en alguna de las categorías genéricas del artículo 61. En la medida en que este precepto no resuelva el problema en contra de la capacidad de la mujer, y si no se trata de un acto claramente incluido en el artículo 1.387 (es decir, siempre que no sea una enajenación o un acto asimilado a la misma, pues entonces se trataría además de un acto de riguroso dominio) hay que pronunciarse por la solución favorable a la plena validez y eficacia del acto (185). Entre estos actos neutros cabe recordar la modificación de entidades hipotecarias (segregaciones, agregaciones y agrupaciones), divisiones horizontales y constitución en régimen de propiedad horizontal, y, en ciertos casos, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diversas fincas en que se divida la inicialmente hipotecada (186).

Discutible, aunque sin duda la cuestión revista gran trascendencia práctica, es el problema que nos plantean los actos particionales. A mi modo de ver, la división de unos bienes comunes entre sus titulares, e igualmente, la partición de la herencia entre los coherederos, no es un acto que, en principio, esté comprendido en el artículo 61, ni constituye, por lo general, una enajenación, razón por la cual tampoco está alcanzada por el artículo 1.387. El artículo 61 prohíbe a la mujer adquirir, enajenar u obligarse. Pero, en virtud de la partición o división, la mujer ni adquiere, ni enajena, ni se obliga. La partición es un acto por el cual se modifica el derecho que el comunero tiene sobre los bienes comunes antes de la división al transformarlo en un derecho exclusivo sobre los bienes concretos y determinados que se le adjudican. Así pues, la división o partición no determina una adquisición, ya que el derecho del copartícipe está, por hipótesis, en su patrimonio con anterioridad a que aquélla se otorgue. No es tampoco una enajenación, pues no hay desprendimiento de derechos que es lo que constituye la nota característica de las enajenacio-

(184) El nuevo artículo 1.413, cit., pág. 117.

(185) Como actos asimilados a la enajenación, y que, por tanto, la mujer no puede realizar sin licencia, figuran, además de la transacción, como ya he recordado, la aportación a sociedad (cfr. trabajo cit., págs. 141 y sigs.). Son éstos, salvo el supuesto, que acabamos de estudiar, de aportaciones dinerarias para la suscripción de nuevas acciones, actos de riguroso dominio.

(186) Sobre estas cuestiones, y concretamente sobre la calificación jurídica de estos actos desde el punto de vista de la contraposición entre actos de administración y actos de disposición, cfr. mi trabajo cit. *El nuevo artículo 1.413*, págs. 151 y sigs. "Mutatis mutandi" resultan válidos los argumentos allí esgrimidos para sostener la posibilidad de que el marido los realice sin necesidad de contar con el consentimiento uxorio. También creo posible que la mujer cobre por sí sus créditos parafernales y, consecuentemente, cancele la hipoteca constituida en su garantía.

nes (187). Finalmente, si bien es cierto que la mujer puede resultar obligada (por razón del saneamiento en caso de evicción) a consecuencia de la partición, no se puede ignorar que éste es un efecto indirecto o reflejo del acto particional, que sólo se produce cuando se dan los supuestos especiales que desatan aquella responsabilidad. La partición, al menos la partición ordinaria, no es un acto que se dirija a crear obligaciones entre los comuneros, sino que, por el contrario, se propone fundamentalmente desatar los lazos por los que están ligados en virtud de la situación de indivisión.

Frente a esta argumentación cabría tal vez oponer que el artículo 1.053 del C. c. exige a la mujer licencia de su marido para que pueda pedir la partición hereditaria, de donde se podría deducir que si la mujer necesita autorización marital para solicitar la partición con mucha mayor razón la precisará para practicarla (188). La objeción, a mi juicio, no es válida. El artículo 1.053 es, como ya he recordado antes, un reflejo de la llamada incapacidad procesal de la mujer casada y enlaza directamente con el artículo 60 (no con el 61), y con el último inciso del 1.387. Se trata, en suma, de impedir (y en el fondo hay que reconocer que la medida es prudente) que la mujer pueda lanzarse, sin consentimiento de su marido, al aterrador juicio de testamentaria. Pero como fácilmente se aprecia la "ratio" del artículo 1.053 es independiente y no condiciona ni elimina la posibilidad de que la mujer, amistosamente, y de acuerdo con los demás herederos, o con los demás coparticipes, lleve a efecto la partición. Únicamente cuando la división o partición se realicen a través de una enajenación (adjudicación de la cosa común a un partícipe con abono

(187) La partición es, para mí, un negocio de disposición en el sentido de que se trata de un acto que se dirige a operar la modificación de un derecho subjetivo. Pero, salvo que nos encontremos ante la que yo llamo partición extraordinaria, la disposición insita en el acto particional no entraña, como digo en el texto, ni enajenación ni gravamen. Por consiguiente, no puede considerarse incluida en el artículo 1.387.

(188) Ver en este sentido la S. de 5 de noviembre de 1959 que declara impugnada la partición efectuada por mujer casada sin licencia de su marido. Hay que reconocer, sin embargo, que la Sentencia funda su fallo más bien en la consideración de que la partición realizada convencionalmente por todos los herederos entraña un contrato en cuyo otorgamiento se han de cumplir todos los requisitos necesarios para su validez, entre los que se cuenta, para las mujeres casadas, la necesaria licencia de su marido. No necesito decir que, a mi juicio, esta afirmación del Tribunal Supremo constituye una clara petición de principio, pues ningún precepto legal establece que la mujer necesite para contratar licencia de su marido en todo caso, ni tampoco cabe inducir tamaña restricción del artículo 61. El artículo 1.058, invocado por la Sentencia de instancia y por el Tribunal Supremo, se limita a exigir a los herederos, para que puedan partir, "que tengan la libre administración de sus bienes". Y la mujer, por lo que respecta a sus parafernales, la tiene. Lo que se le limita, y tampoco totalmente, es la facultad de disponer. La Jurisprudencia ha entendido, sin ir más lejos, que el menor emancipado puede partir sin el consentimiento paterno, y se funda para ello en la naturaleza de la partición y en el dato de que la Ley sólo exige a los herederos la libre administración de sus bienes. Resulta absurdo que respecto de la mujer casada se sostenga la solución contraria.

por parte de éste del haber de los demás en dinero) el acto requerirá la licencia del marido, pues, aunque no deje de ser partición, la forma extraordinaria en que se efectúa exige capacidad para enajenar o para obligarse y la mujer en principio no la tiene sin licencia de su esposo.

b) *Adquisiciones a título gratuito.*

El artículo 61 del Código civil preceptúa que la mujer no puede adquirir a título gratuito sin licencia de su marido. Esta regla o principio general hemos de proyectarla, de acuerdo con las bases sistemáticas de interpretación que antes han quedado apuntadas, sobre los dos grandes supuestos de adquisición a título gratuito: la herencia y la donación.

El problema que la necesidad de licencia plantea a la mujer separada de hecho de cara a las adquisiciones gratuitas es evidentemente menos grave que referido a los actos y contratos onerosos, a través de los cuales se canaliza el tráfico jurídico. Lo normal es que el marido, aunque esté separado de la mujer, no obstaculice la adquisición de unos bienes de los que tal vez algún día pueda llegar a beneficiarse, y de los que normalmente se beneficiarán sus hijos si los tiene. Con todo puede suceder que la mujer tenga que aceptar una herencia o una donación y le falte la licencia de su marido, bien porque éste no pueda ser fácilmente localizado, bien porque se niegue a concederla, unas veces con razón y otras sin ella. Conviene, pues, examinar en qué medida esta licencia es necesaria, y hasta qué punto se puede prescindir de ella o sustituirla por la autorización judicial.

Respecto de la adquisición de la herencia, el artículo 995 desarrolla lo establecido por el 61. Dice el artículo 995 que “la mujer casada no podrá aceptar ni repudiar herencia, sino con licencia de su marido o en su defecto con aprobación del Juez. En este último caso no responderán de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal”. La norma se aparta, como vemos, de la solución que daba al problema la Ley 54 de Toro, sin razones suficientes que justifiquen el abandono de la línea tradicional. Además, el precepto es oscuro y su interpretación suscita toda una serie de cuestiones.

En primer término, no se alcanza a comprender por qué la licencia del marido (o en su caso la judicial supletoria) se exige en todo caso. La aceptación a beneficio de inventario salvaguarda de modo total los intereses de la sociedad de gananciales, y, por tanto, e indirectamente, los del propio marido. Lo razonable, pues, hubiera sido permitir a la mujer aceptar herencias a beneficio de inventario por sí misma y sin necesidad de cumplir más requisitos que los inherentes a esta forma de aceptación. Pero no se ha hecho así, y como quiera que la aceptación a beneficio de inventario es una modalidad de la aceptación en general no parece que la mujer, dados los términos absolutos en que está redactado el artículo 995, pueda pres-

cindir de la licencia marital o de la judicial, ni siquiera para aceptar con aquel beneficio.

La concesión de la licencia por parte del marido vincula los gananciales a las resultas de las obligaciones hereditarias. Así se desprende del segundo párrafo del artículo 995. Si en el supuesto de aceptación con licencia judicial no responden de las deudas de la herencia los bienes ya existentes en la sociedad conyugal (y sí, por tanto, los que la sociedad adquiera después), ello implica que cuando la autorización ha sido concedida por el marido la responsabilidad se extiende a todos los bienes que pertenezcan a aquélla, existan o no al tener lugar la aceptación. Pero ¿qué se entiende por bienes de la sociedad conyugal? En un sentido amplio forman parte del haber de la sociedad conyugal (expresión que en sí misma no es sinónima de "sociedad de gananciales") todos los bienes de los cónyuges, es decir, tanto los privativos de cada uno como los comunes. Esta primera acepción del concepto debe, desde luego, descartarse. Es absurdo que de las deudas de una herencia deferida a la mujer tenga que responder el patrimonio particular del marido. Por consiguiente y para eludir este inadmisibles resultado es obligado entender que la Ley se ha referido aquí a la sociedad de gananciales. Quiere decirse, pues, que de las deudas de la herencia responderán los bienes particulares de la mujer (dotales y parafernales) y los bienes comunes. ¿Cuál es la razón por la cual estos bienes quedan afectos a esa responsabilidad? El hecho de que el marido haya autorizado a su mujer para que ésta acepte una herencia no presupone, desde luego, que haya consentido en obligar los gananciales. Como ya vimos la autorización conferida por el marido a la mujer para que ésta se obligue, no implica, o por lo menos no lo implica necesariamente, que además haya prestado el consentimiento del artículo 1.416. Se trata, pues, de una responsabilidad que deriva directamente de la Ley y que tiene su fundamento en una consideración de equidad: puesto que los frutos que devenguen los bienes de la herencia pasarán al acervo común se impone a éste, como contrapartida, la carga que representa soportar el pasivo hereditario. Tal vez resulte excesiva esta contrapartida, pues lo más lógico sería que solamente los intereses de las obligaciones hereditarias fueran a cargo de la sociedad de gananciales, ya que los bienes mismos que integran la herencia quedan en el patrimonio privativo de la mujer. Probablemente influyó en la solución la idea de que el marido puede, sin duda, condicionar su licencia a que la mujer acepte con beneficio de inventario, y es evidente que mediante este procedimiento la sociedad de gananciales queda exenta de toda responsabilidad.

Cuando la licencia marital no pueda obtenerse hay que acudir, necesariamente, a la judicial supletoria. En este caso dice el Código que no responden de las deudas de la herencia los bienes ya existentes en la sociedad conyugal. La solución es absurda. Si se entiende que, al faltar la licencia del marido, los gananciales no deben

responder del pasivo hereditario lo razonable hubiera sido disponerlo así, lisa y llanamente, exceptuando de responsabilidad todos los gananciales. Y en tal caso la licencia judicial hubiera devenido innecesaria, o al menos sólo debiera exigirse para el caso de aceptación pura y simple. Desde luego lo que no tiene sentido es colocar ambas licencias en el mismo plano (desde el punto de vista de la necesidad de obtener una u otra) para atribuirles, en cambio, diferentes efectos.

Pasemos ahora a considerar la aceptación de donaciones. El artículo 61 del Código civil establece la incapacidad general de la mujer casada para adquirir a título gratuito, pero como se recordará, la interpretación de este precepto, de acuerdo con los criterios que antes hemos propuesto, debe integrarse con las normas que de modo particular se refieren a cada materia. En este caso hay que tener en cuenta lo que disponen los artículos 625 y 626 del C. c. El primero de ellos dice que pueden aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la Ley. No se debe entender, a mi juicio, que la mujer está especialmente incapacitada en virtud de lo dispuesto por el artículo 61, pues el mismo tiene más bien carácter general y programático. Además del artículo 626 resulta que las personas que no pueden contratar tienen, sin embargo, capacidad para aceptar donaciones con tal que se trate de donaciones puras. La doctrina, al comentar el artículo 626, entiende que para la aceptación de las donaciones que no sean condicionales u onerosas basta la capacidad natural, es decir, sólo exige que el donatario tenga el discernimiento suficiente para saber lo que hace. Por tanto, aunque la mujer casada (bajo régimen de gananciales) no puede contratar como regla general sin la licencia de su marido, sí podrá, porque esta capacidad no le es exigida, aceptar por sí sola donaciones puras. La regla del artículo 61 que prohíbe a la mujer casada adquirir a título gratuito sin autorización marital queda así concretada, en tema de donaciones, a las que no tenga aquel carácter. La solución, además, es plenamente congruente con el fundamento que, en mi opinión, respalda el artículo 61. Evidentemente la sociedad de gananciales no resultará perjudicada porque en el patrimonio de la mujer ingresen bienes a través de una donación pura y simple. Lo normal, por el contrario, es que resulte beneficiada al estar llamada a percibir los rendimientos que aquellos bienes produzcan. Es cierto que la donación hecha a una mujer casada puede perseguir fines ilícitos. Pero no parece que esta posibilidad (difícilmente presumible cuando se trate de donaciones procedentes de los padres o ascendientes) pueda ser motivo suficiente para exigir en todo caso la licencia marital pese al criterio que se desprende de los artículos 625 y 626 que viene a modalizar lo que preceptúa el artículo 61. En último término la ilicitud de la causa, si existe, podrá ser invocada por el marido para impugnar la donación.

B) MEDIOS DE REMEDIAR LA INCAPACIDAD

La incapacidad de la mujer casada queda subsanada por medio de la licencia marital o de la judicial supletoria. De la primera, es decir de la licencia marital, me he ocupado ya con detenimiento en las páginas anteriores. Cumple ahora que diga algunas palabras del otro recurso que contempla la Ley y que, para la mujer separada de hecho, es del mayor interés, pues cuando quiera otorgar un acto que precise, para su plena eficacia, autorización marital, y no la obtenga, sólo podrá llevarlo a cabo válidamente si el Juez la autoriza.

La ley 57 de Toro, atenta a evitar que el marido abuse de su autoridad y de las potestades que se le confieren, estableció la licencia judicial, supletoria de la autorización marital, para todos los casos y circunstancias en que la mujer precisaba de ésta. El Código civil, por el contrario, no contiene una formulación general, y sólo prevé la posibilidad de que la mujer acuda al juez en los supuestos contemplados por los artículos 60, 995, 1.053 y 1.387, es decir, para comparecer en juicio, aceptar o repudiar herencias, pedir la partición hereditaria y enajenar, gravar e hipotecar los bienes parafernales (189). Debido a ello se ha sostenido que la autorización judicial supletoria sólo cabe en esas hipótesis concretas (190), opinión que hoy ha sido abandonada por la doctrina más moderna y prestigiosa que se muestra partidaria de la admisibilidad de la licencia judicial en todo caso, de conformidad con el precedente de la Ley 57 de Toro (191). Se aduce en apoyo de este punto de vista, además de los precedentes históricos, la amplitud con que están concebidos los artículos 60 y 1.387 del C. c., y el hecho de que la autoridad del marido no puede utilizarse arbitrariamente sino que debe ser ejercitada en bien de la familia y para la protección de la mujer, lo que implica la generalidad del remedio contra el abuso de la potestad marital. La fuerza de estos argumentos resulta indiscutible. Nada cabe agregar al primero y al último. Por lo que respecta al segundo conviene, tal vez, distinguir según se trate de actos cuya trascendencia sea exclusivamente patrimonial o afecten también a la actividad personal de la mujer. Respecto de los primeros la interpretación extensiva de los artículos antes citados parece indiscutible y resulta

(189) No interesa considerar aquí la licencia judicial a que se refieren los artículos 225 y 1.444 del C. c., pues dichos preceptos aluden a los supuestos en que se transfiere a la mujer la administración de los bienes de la sociedad conyugal, o de separación judicial. La autorización en estos casos, que no es supletoria de la licencia marital, se exige como condición precisa y única para que la mujer pueda enajenar sus bienes dotales o parafernales, los de los hijos comunes, o de la sociedad conyugal (art. 225), o para enajenar o gravar los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación judicial, o aquellos cuya administración se le haya judicialmente transferido de acuerdo con el artículo 1.441 (art. 1.444, 1.º).

(190) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V, 1.º, págs. 623 y 624; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, II, pág. 402.

(191) Cfr. CASTRO, cit., pág. 271; LACRUZ, cit., pág. 211.

prácticamente de su propio contexto. Sería absurdo que el Juez pudiese autorizar a la mujer para enajenar o hipotecar sus parafernales (que es lo más) y no pudiera autorizarla para contraer una obligación de la que su patrimonio parafernalar haya de responder con responsabilidad puramente personal. Por lo que respecta a los actos susceptibles de comprometer la actividad de la mujer, la cuestión es menos clara y no parecen aplicables los argumentos expresados. Sin embargo, hoy día el problema está resuelto para todos los supuestos que encajen en el artículo 1 de la ley de 22 de julio de 1961 (actividades políticas, profesionales y de trabajo). La autorización judicial, supletoria de la marital, es posible a tenor de lo dispuesto por el artículo 5 de dicha Ley. Inclusive, según ya se expuso antes, cabe extender esta autorización judicial al ejercicio del comercio por mujer casada toda vez que esta hipótesis cabe dentro de la previsión general del artículo primero (192).

La autorización judicial procede siempre que concurran estos dos requisitos: 1.º) Que el marido no haya otorgado su autorización y 2.º), que existan motivos bastantes para concederla. En orden al primer requisito la doctrina alude a los casos de imposibilidad o negativa del marido. La negativa, a nuestro entender, puede ser, expresa o tácita, y en ambos casos podrá solicitarse y obtenerse la autorización judicial. La negativa es tácita si el marido, requerido al efecto, o citado en el procedimiento correspondiente, da la callada por respuesta o no comparece. La imposibilidad nos enfrenta no sólo con los supuestos de incapacidad física o mental del marido (al margen de que se haya o no obtenido la pertinente declaración judicial), sino también con el de ausencia. No me refiero a la ausencia declarada judicialmente. La mujer que ha obtenido la declaración de ausencia de su marido no necesita la autorización de éste, por hipótesis imprecendente, ni la del Juez, para regir libremente su propio patrimonio. El artículo 1.444 del C. c. no entra en juego aunque la mujer pretenda enajenar sus inmuebles parafernales, pues no se trata de bienes que hayan correspondido a la mujer a consecuencia de la

(192) ¿Puede concederse autorización judicial para la enajenación de bienes parafernales "confesados"? La respuesta depende de la eficacia que quiera reconocerse a la confesión del marido. Si se le niega todo valor, incluso "inter partes", la autorización judicial subsidiaria será imprecendente, pues los parafernales confessados son, de acuerdo con esa tesis, bienes presuntivamente gananciales. En consecuencia, el acto de disposición debe partir del marido y la voluntad de éste no puede ser sustituida por la intervención del Juez. En cambio, si se reconoce que la confesión, mientras no sea impugnada con éxito, vincula al marido (tesis defendida anteriormente en este trabajo), parece claro que la respuesta a la pregunta formulada debe ser afirmativa. Como dijimos, la enajenación de los parafernales confessados, en tanto continúen siéndolo, se debe regir por las reglas que regulan la de todos los parafernales en general. Es aplicable el artículo 1.387 y, por tanto, la mujer tendrá derecho a acudir al Juez si el marido le niega su autorización. Confirma esta opinión el paralelismo con la dote confessada. Los bienes que integran la dote, aunque ésta sea confessada, pueden ser enajenados por la mujer con licencia judicial (art. 1.361 C. c.), puesto que la Ley no hace ninguna distinción al respecto.

separación, ni, respecto de ellos, ha tenido que solicitar que se le transfiera la administración si antes ya la ostentaba. Entiendo, por tanto, que la ausencia en ignorado paradero a que se refiere el artículo 1.995 de la Ley de Enjuiciamiento civil es ausencia en sentido vulgar. Bastará, pues, que la mujer acredite suficientemente, a juicio del Juez, que ignora el domicilio actual de su esposo, a quien se citará en la forma que previene el artículo 269 de aquel cuerpo legal. Nótese que el Código civil no dice que la licencia judicial proceda únicamente cuando el marido haya negado sin justa causa la suya, sino que genéricamente entiende que puede ser concedida "en defecto" de la licencia marital.

El segundo requisito, es decir que existan motivos bastantes para que la autorización judicial sea concedida, se cumple, a mi juicio, siempre que el acto que la mujer intente llevar a cabo sea, según las circunstancias del caso, razonable, de tal modo que no entrañe perjuicio para la economía conyugal y más concretamente para la sociedad de gananciales. Parece excesivo exigir, como se ha pretendido (193), que el acto en cuestión tenga por fin "evitar un perjuicio, conseguir una importante ventaja o precaver un inminente peligro". El Código civil, en realidad, no pide tanto. Sobreentiende que la autorización judicial debe concederse salvo que no concurren circunstancias que hubieran permitido al marido negar justificadamente la licencia. Pero la ponderación de estas circunstancias queda entregada, por entero, a la apreciación discrecional del juez. Este ha de tener, en cuenta, para resolver en equidad, que la licencia marital encuentra su fundamento, recordémoslo una vez más, en la finalidad de evitar que la mujer perjudique indirectamente los intereses del marido en la sociedad de gananciales. No puede olvidar tampoco que su intervención se solicita precisamente para evitar que el varón abuse de las prerrogativas que la Ley le concede, y que la sumisión de la mujer a la autoridad marital no tiene clara justificación, al menos en el plano moral, cuando el matrimonio atraviesa una crisis tan grave y delicada como es la separación de hecho.

La valoración del problema reviste mayor complejidad, y en su solución habrán de barajarse muchos factores, y no sólo los económicos, si de lo que se trata es de conceder o denegar la autorización en los casos que contempla la Ley de 22 de julio de 1961, a la que reiteradamente hemos aludido a lo largo de este trabajo.

C) INGERENCIA DE LA MUJER SEPARADA DE HECHO EN LA ADMINISTRACIÓN O DISPOSICIÓN DE LOS GANANCIALES

No obstante la irregularidad de la separación de hecho, que exageradamente ha llevado a la doctrina y a la Jurisprudencia a negar, casi totalmente, valor jurídico a los acuerdos o convenios entre los

(193) CASTRO, cit., pág. 272.

cónyuges, la realidad tiene exigencias que el derecho no puede desconocer, y de aquí que la propia Jurisprudencia, e incluso la misma Ley, no hayan podido por menos de reconocer ciertos efectos a la situación que nos ocupa. Estos efectos se han proyectado sobre ciertos aspectos del régimen jurídico de la sociedad de gananciales alterándolo parcialmente, como enseguida vamos a ver. Pero además, y sin necesidad de acudir a normas legales extrañas al Derecho civil, ni a especiales interpretaciones Jurisprudenciales, la circunstancia de que sea la mujer separada quien asuma la dirección de la familia y la gestión de los intereses comunes no puede por menos de tener trascendencia jurídica, aunque para establecerla tengamos que acudir a instituciones de más amplio contenido y alcance.

Examinemos ahora, y con algún detalle, los supuestos a los que, de modo genérico, acabamos de referirnos.

a) *Remuneraciones dimanantes de contratos de trabajo celebrados por la mujer.*

La legislación laboral ha sido la primera en reconocer efectos jurídicos a la separación de hecho sin duda porque dentro de su ámbito el problema se ha planteado con especial agudeza. Es relativamente normal que la mujer separada de su marido se disponga a trabajar para atender con la remuneración que obtenga a sus propias necesidades e incluso a las de la familia. La ley del Contrato de Trabajo ha tenido en cuenta esta situación y así, de una parte (artículo 11), establece que la mujer separada de hecho se halla autorizada por ministerio de la Ley para contratar su trabajo extendiéndose esta autorización al percibo de la remuneración, y de otra, el artículo 58, después de establecer que el pago de la misma, directamente efectuado a la mujer casada, es válido en tanto no conste la oposición del marido, sienta las normas y criterios con arreglo a los cuales hay que estimar si la oposición del esposo es o no fundada. Y para el caso de separación de hecho rechaza de plano la posible oposición del marido (artículo 58 "in fine").

Innecesario resulta destacar la importancia de estos preceptos. No se trata sólo de que el contrato de trabajo celebrado por la mujer casada separada de hecho sea perfectamente válido y eficaz, no obstante haberse celebrado sin la autorización del marido, es que además, se legitima a la mujer para que pueda percibir unas sumas que tienen naturaleza ganancial a tenor de lo establecido en el artículo 1.401-2.º del C. c. Con ello queda alterado, parcialmente, el régimen de la sociedad legal de gananciales por lo que respecta a una de sus fuentes de ingresos. En efecto, las remuneraciones que acredite la mujer separada en virtud de los contratos de trabajo que haya celebrado siguen siendo gananciales. Nada autoriza a sostener otra cosa. La Ley de Contrato de Trabajo no se pronuncia sobre el carácter privativo o ganancial de la remuneración satisfecha a la mujer

casada, y, por tanto, para calificar la naturaleza de aquélla hay que estar ineludiblemente a lo que dispone el Código civil. La modificación de las normas civiles se refiere, en cambio, al percibo de la remuneración. De acuerdo con las reglas que gobiernan la sociedad de gananciales el crédito que la mujer ostenta a consecuencia de su prestación de trabajo tiene carácter ganancial y consecuentemente es el marido, administrador y representante legal de la sociedad de gananciales, quien debiera estar legitimado para percibirlo, de modo que el cobro por la mujer sólo podría tener lugar de hallarse autorizada (expresa o tácitamente) por su esposo. La Ley del Contrato de Trabajo no sólo faculta a la mujer para cobrar la remuneración, aunque tal autorización no exista, sino que además desestima, en caso de separación de hecho, la posible oposición del marido. La mujer queda, pues, directamente legitimada para hacer efectivo el crédito que ostenta frente a la empresa en que preste sus servicios, por razón de las remuneraciones de todo orden que se le adeuden a consecuencia de aquéllos.

¿Qué alcance tiene esta facultad que se reconoce a la mujer? ¿Se trata sólo de descargar de responsabilidad al patrono, de tal manera que el pago haya de reputarse en todo caso bien hecho al margen de que el marido autorice ó no a su mujer para que cobre? No creo que éste sea el sentido y el alcance de los preceptos que comentamos aunque, sin duda, el expuesto sea uno de sus efectos. En primer lugar el artículo 58 admite (salvo para el caso de separación legal o de hecho) que el marido se oponga a que el pago de la remuneración se realice directamente a la mujer. Si la oposición se estima fundada (por la Magistratura del Trabajo o el Juez municipal según los casos) el empresario no tendrá más remedio que hacer los pagos al marido si quiere que aquéllos tengan eficacia solventatoria. En cambio en el caso de separación de hecho la oposición no se admite. Luego si sólo se hubiera buscado la seguridad (relativa) del patrono en cuanto a la eficacia de los pagos no habría razón para sostener soluciones diferentes según que la mujer esté o no separada.

Parece, por tanto, que la facultad que se concede a la mujer tiene una mayor trascendencia. La potestad de recibir el pago de su remuneración lleva implícita la de disponer de la misma. Así lo reconoce, además, expresamente, el párrafo segundo del artículo 58 en el supuesto de que el marido se oponga y la oposición se estime infundada, si bien entonces la mujer debe invertir la remuneración en las necesidades del hogar. La inexistencia de esta limitación en los casos de separación legal o de hecho, en los que además, y como hemos dicho, la oposición del marido se rechaza de plano, demuestra, a mi juicio, que la mujer que se encuentre en alguna de aquellas dos situaciones puede disponer libremente de la remuneración que perciba.

La mujer separada de hecho puede, pues, gastar o consumir las sumas que reciba como contraprestación de su trabajo. Esta facultad no tiene a mi juicio otra limitación que la dimanante del último pá-

rrafo del artículo 1.413 del C. c. que resulta aplicable, “mutatis mutandi”, a los actos que la mujer realice de acuerdo con el poder dispositivo que se le reconoce en este caso especial. La regla de equivalencia que formula el artículo 1.442 del C. c., obliga a aplicar la limitación formulada por el inciso final del 1.413, si bien en el caso que nos ocupa tal limitación sólo quepa referirla al destino que dé la mujer al producto de su trabajo. Si la mujer dispone de este producto en fraude de su marido o en contravención de lo dispuesto en el Código (lo dona o regala) el acto será impugnable en la misma forma y condiciones en que la mujer o sus herederos podrán atacar los actos del esposo que incidan en la recordada interdicción legal (194).

Naturalmente la potestad dispositiva a que nos venimos refiriendo ampara la posibilidad de que la mujer invierta en determinados bienes el producto de su trabajo. Los contratos que en tal sentido lleve a cabo la mujer (en particular las compras) deben reputarse totalmente válidos. No tendría sentido que legitimada la mujer para disponer del dinero obtenido con su trabajo, la disposición efectuada por vía de compra, pudiera impugnarse en base a una supuesta incapacidad general para contratar. Según vimos anteriormente la mujer casada debe reputarse capacitada para invertir su dinero parafernial. Ciertamente aquí se trata de invertir un dinero que no tiene este carácter sino que, por el contrario, es ganancial pero sobre el cual se reconocen a la mujer, implícitamente, amplias y completas facultades dispositivas. Por razón de las mismas queda eliminado el juego del artículo 1.388 del C. c.

Aquello que la mujer adquiera con el producto de su trabajo tendrá, sin duda alguna, naturaleza ganancial por aplicación de lo establecido en el artículo 1.401-1.º del C. c. No olvidemos que la remuneración laboral que percibe la mujer, y aunque pueda disponer de ella, ingresa en el patrimonio común. Entra en juego, pues, el principio de subrogación real. Así las cosas, el problema que se nos plantea es este: ¿Se extiende la potestad de disposición que se otorga a la mujer sobre la remuneración de su trabajo a los bienes en que se haya subrogado aquélla? A favor de la solución negativa se pueden aducir argumentos de indudable valor. Parece difícil dar a los preceptos laborales una extensión mayor de la que resulta de su contexto de forma tal que invadan un campo de actuación que les es ajeno. Por contra cabe aducir que, de cara a la mujer, no tiene mucho sentido permitirle disponer de la remuneración para después dejar bajo el control administrativo y dispositivo de su marido lo que adquiera al invertir aquélla. Semejante solución es casi un estímulo para que la mujer gaste en bienes de consumo todo lo que gane sin que le interese ahorrar un céntimo, con lo cual, y a la postre,

(194) Sobre el alcance de los conceptos “fraude de la mujer” y “contravención de lo dispuesto en el Código”, véase mi trabajo *El nuevo artículo 1.413 del C. c.*, cit. págs. 96 y sigs.

quien sale perjudicada es la economía común. Por eso, y aun reconociendo que la cuestión es dudosa y opinable, yo me inclino más bien por extender en este caso el juego de la subrogación real hasta sus últimas consecuencias para entender que la mujer está facultada para administrar y enajenar los bienes adquiridos con el producto de su trabajo, si bien la eficacia de los actos que en este sentido realice estará subordinada a la prueba o demostración de que el dinero invertido en la adquisición tiene precisamente el origen indicado (195).

b) *Los frutos de los parafernales.*

Los frutos de los parafernales son bienes gananciales. Así resulta de la declaración general del artículo 1.401-3, que reitera especialmente el artículo 1.385-1.º, al decir que los frutos de los parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. La administración de los mismos corresponde, pues, al marido, en su calidad de administrador general de la sociedad de gananciales, y tiene en tal sentido derecho a exigir de su mujer que se los entregue. No deja de ser anómalo, sin embargo, que los frutos de unos bienes cuya administración pertenece a la mujer deban ser entregados al marido. Sin duda por esta razón el Código establece para los frutos de los parafernales un régimen especial. Y así el artículo 1.386 dice que “las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia”. Ciertamente todos los gananciales en general —y no sólo los frutos de los parafernales— están afectos a este destino primordial, pero ello no se opone a que los actos que el marido realice dentro del ámbito legal de sus potestades sean válidos y eficaces frente a terceros de buena fe, aunque la finalidad o el destino de estos actos no sea correcto (196). En cambio para los frutos de los parafernales rige una norma diferente. La posibilidad de ejecutar sobre ellos obligaciones personales del marido, depende de que se pruebe por el acreedor que efectivamente la obligación se contrajo en interés de la familia.

¿Cuál es la razón que justifica este trato de favor que se dispensa a los frutos de los parafernales? A mi juicio la respuesta no

(195) Tratándose de inmuebles o establecimientos mercantiles, no parece posible, sin embargo, que la mujer pueda disponer de ellos sin consentimiento del marido. La paridad que en todo caso debe establecerse entre sus potestades (cuando con carácter general o particular administre los gananciales) y la de su marido, debe llevar a la conclusión negativa. Puesto que el varón, facultado para comprar con dinero ganancial, no puede enajenar o gravar los bienes a que se refiere el artículo 1.413-1 (número 2.º), sin consentimiento de su mujer o autorización judicial, sería a todas luces excesivo reconocer a la esposa, y para tales bienes, poderes más amplios e ilimitados.

(196) Ver sobre este punto lo dicho más atrás, al comentar las opiniones de los que creen que la responsabilidad general de los gananciales por las obligaciones del marido puede quedar eliminada si se demuestra que estas obligaciones no se contrajeron en interés de la familia.

puede ser más que una. La Ley considera en cierto modo insólito que los rendimientos de unos bienes sobre los que la mujer ostenta el dominio y la administración tengan que ser entregados al marido para que sea él, a su vez, quien los administre y disponga de ellos (197). Este resultado sólo se justifica en la medida en que al ser gananciales los productos del capital parafernial están también afectos al levantamiento de las cargas de la familia, y puesto que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal lógico es que sea él quien decida el modo y forma en que los diversos ingresos nutren el patrimonio común debe ser aplicados a tal fin.

Visto el fundamento veamos ahora de qué modo ha de interpretarse y aplicarse el artículo 1.386. De él se sigue, como primera fundamental consecuencia, que la mujer, si no hay cargas familiares atendidas por el marido, no está obligada a entregarle los frutos de sus parafernales, lo que lleva consigo que aquél pierda la facultad de administrarlos y la de disponer de ellos. La única forma segura de liberar de responsabilidad los frutos de los parafernales por razón de obligaciones que el marido haya contraído en su propio y exclusivo interés es su retención por la mujer. Una vez que se mezclen y confundan con los restantes bienes que componen la masa ganancial no será fácil sustraerlos a la acción de los acreedores, lo que sólo podrá lograrse si se demuestra que los bienes trabados son rendimiento del capital parafernial o se han adquirido a sus expensas. No parece razonable imponer a la mujer el riesgo de que el artículo 1.386 quede convertido en letra muerta si "a priori" se sabe que no concurren las circunstancias que justifican que el marido disponga y maneje la utilidad dimanante de los bienes parafernales de su esposa. Ello sería absolutamente contrario al espíritu del artículo 1.386. Basándose en este precepto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido con acierto que si el marido no soporta las cargas familiares no puede exigir a su mujer que le entregue el producto obtenido a través de la fructuación de su patrimonio parafernial. Esta doctrina se ha aplicado preferentemente a supuestos en que los cónyuges vivían separados de hecho (198) y no había hijos, o éstos estaban en su totalidad al cuidado de la madre (199).

¿A quién corresponde la administración de los frutos de los para-

(197) A esta idea responden, sin duda, las sentencias citadas en la nota 175.

(198) En algunos casos la mujer había pedido el depósito judicial, pero este dato no es tenido en cuenta para resolver el problema de fondo más que como indicativo de la inexistencia de cargas familiares satisfechas por el marido.

(199) Cfr. SS. de 8 y 21 de noviembre de 1907, 15 de enero de 1917, 14 de enero de 1928 y 11 de abril de 1930. La de 12 de julio de 1929 aplica la misma doctrina cuando todos los hijos están en poder de la madre, que los había obtenido al pedir el depósito judicial, no obstante alegar el padre, lo que no probó suficientemente, a los efectos de la casación, que uno de los hijos seguía a su cargo y que contribuía a la educación de todos. Por el contrario, las SS. de 11 de octubre de 1902 y de 2 de enero de 1909 establecen que la mujer separada de hecho debe entregar los frutos de sus parafernales al marido, si existen en el matrimonio cargas que levantar y que son soportadas por aquél.

fernales cuando el marido pierde esta potestad al perder igualmente el derecho a exigir su entrega? La contestación brota espontáneamente. Sin duda alguna, a la mujer. Cuando ésta queda exenta de la obligación de entregar el rendimiento de sus parafernales al marido, y por lo que respecta a la administración de ese rendimiento, nos encontramos ante esta disyuntiva: O bien se entiende que la mujer queda convertida en simple depositaria de los frutos que han producido sus propios bienes, o de lo contrario hay que admitir que la facultad de administrar los parafernales se extiende también a sus frutos, a pesar de que éstos no son ya bienes privativos sino comunes. La primera solución es absurda y nada autoriza a defenderla. Puesto que los frutos de los parafernales están privilegiadamente adscritos al levantamiento de las cargas de la familia (y es también carga de la sociedad de gananciales el sostenimiento de la mujer) no se puede aceptar que queden, sin más, bloqueados con lo que deviene incumplido lo que constituye su destino específico. Hay que admitir, por tanto, que la administración de los frutos de los parafernales pasa, en las hipótesis contempladas, del marido a la mujer lo cual es conforme con la "ratio" a que en última instancia responde el artículo 1.386. Las facultades de la mujer no se concretan a la administración "sensu stricto" de aquellos frutos, sino que comprenden la potestad de enajenarlos o consumirlos. Sin reconocer a la mujer este derecho difícilmente podrá ser aplicado al rendimiento de los bienes parafernales al pago de los gastos familiares. El artículo 1.387 no es aplicable, pues se refiere sólo al capital parafernally propiamente dicho, pero no a sus frutos. Finalmente, al no haber norma ninguna que determine cuáles son las facultades de la mujer sobre este sector del patrimonio ganancial, que excepcionalmente queda a su cargo, habrá que estimar que coinciden con las que tendría el marido de haber conservado las potestades que perdió. Así resulta de la aplicación analógica del artículo 1.442 a este caso concreto.

Por tanto, los frutos de los parafernales, cuando se da la situación singular que estamos examinando, quedan sujetos a un régimen similar al que antes hemos trazado al ocuparnos de las remuneraciones laborales satisfechas a la mujer separada de hecho. En ambas hipótesis los bienes en cuestión (remuneración o frutos) no dejan de ser gananciales, pero quedan fuera del control administrativo y dispositivo del marido. La mujer podrá, pues, disponer de esos frutos aunque con las limitaciones impuestas por el artículo 1.413.

c) *Gestión administrativa de la mujer en los supuestos de abandono del marido.*

Cuando los cónyuges se separan mediante un acuerdo privado en el que se regula lo concerniente a la administración de los bienes comunes, pago de las cargas familiares, y facultades de la mujer, los problemas que todo ello plantea quedan, por de pronto, resueltos,

en tanto, claro está, que ambos esposos cumplan lo convenido, y al margen de las cuestiones que se suscitan en torno a la validez intrínseca e irrevocabilidad de tales acuerdos, extremos que ya fueron tratados anteriormente. La legitimación de la mujer, como también advertimos, se instrumenta a través de poderes o autorizaciones que, al menos mientras no se revoquen, bastan para dotar de plena validez y eficacia los contratos y actos jurídicos que lleve a cabo.

Pero puede suceder que los cónyuges resuelvan aquellas cuestiones de modo poco satisfactorio (por ejemplo, si el acuerdo de separación se limita a establecer la cesación de la vida en común y a señalar a la mujer una pensión insuficiente) o simplemente que las dejen sin solución, lo que acontece si entre ellos no media acuerdo ninguno. El problema, para la mujer, reviste especial gravedad si los hijos quedan a su cargo sin que el marido, que se ha limitado a abandonar el domicilio conyugal, haya tomado ninguna providencia al respecto (200).

A primera vista parece que la situación de la mujer, en los eventos indicados (y especialmente en el caso de abandono total) es, no ya grave, sino desesperada. Su capacidad continúa grave y profundamente trabada por las amplias limitaciones que establecen los artículos 60 y 61 del C. c., y, además, carece de facultades para administrar, obligar y enajenar los bienes gananciales que, por lo regular, constituyen el único recurso económico del matrimonio. Ante tan desconsolador panorama es menester que el intérprete aguce su ingenio y procure buscar alguna fórmula que de uno u otro modo sirva para que la mujer pueda salir adelante.

El primer remedio del que cabe echar mano es la llamada potestad doméstica de la mujer casada. Pero antes de utilizar este recurso hay que despejar una incógnita: ¿Esta potestad subsiste o desaparece con la separación de hecho? La respuesta a esta pregunta parece depender, en principio, de la naturaleza que se atribuya a ese poder doméstico. Para la doctrina tradicional francesa consiste en un mandato de carácter tácito o presunto que el marido confiere a su mujer. De acuerdo con esta concepción, que ha sido acogida por la Jurisprudencia, aunque sea objeto de algunas críticas autorizadas (201), la potestad de la mujer debe desaparecer, al menos como regla general, al quedar separada de hecho. No es fácil sostener la existencia de un consentimiento tácito o presunto por parte de los maridos que viven separados de sus esposas. Sin embargo, la mayoría de las de-

(200) Evidentemente, el esposo, en tal supuesto, puede ser penalmente perseguido por el delito de abandono de familia. Pero no es éste un problema del que, por la índole de nuestro trabajo, hayamos de tratar aquí. Nos interesa exclusivamente el examen de la situación civil de la mujer. Tampoco consideramos la hipótesis de que la mujer plantee la separación judicial, puesto que este trabajo versa solamente sobre la separación de hecho. Por otra parte, la hipótesis que contemplamos en el texto (abandono del marido sin que la mujer reaccione judicialmente por vía civil o penal contra él) es más frecuente de lo que parece.

(201) Cfr. ROUAST, *Tratado Práctico de Derecho civil francés de Planiol-Ripert*, traducción española de Díaz Cruz, tomo II, págs. 298 y sigs.

cisiones jurisprudenciales admiten la persistencia del mandato doméstico, no obstante, la separación de hecho, salvo que el marido atienda las necesidades de la mujer mediante el pago de una pensión alimenticia. Es más, y aunque algunos fallos (más lógicos, aunque menos justos) declaran extinguido el mandato doméstico (por carecer de base la presunción de consentimiento marital en casos de separación de hecho), la mayoría no sólo lo consideran subsistente, según se ha dicho, sino que además tienden a extenderlo, sin duda para remediar, parcialmente, a través de este procedimiento, la situación de la mujer. En las legislaciones germánicas, por el contrario, la potestad doméstica de la mujer casada (*Schlüsselgewalt*) no se entiende que dimana de la voluntad del marido (a pesar de que entraña la facultad de representarle), sino de la Ley. El marido puede limitar los poderes de su mujer en este sentido, y aun privarle de ellos (202), pero la mujer, si la actitud del marido es arbitraria, puede acudir al juez quien tiene facultades para restablecerlos. Por consiguiente, y puesto que no es la voluntad (tácita o presunta) del marido la que hace nacer el poder doméstico de la mujer, ésta lo conserva, aunque los cónyuges vivan separados, siempre que quede en la casa con los hijos (203).

En el derecho español la llamada potestad doméstica de la mujer casada viene reconocida por el primer apartado del artículo, 62 y a ella se alude también en los artículos 1.362 y 1.385. A la vista de estos preceptos no es demasiado fácil concretar la verdadera naturaleza de las facultades concedidas a la mujer, pues si bien del artículo 62 se desprende que se trata de una potestad directamente emanada de la Ley, ya que se proclama, sin más e imperativamente, la validez de las compras efectuadas por la mujer "destinadas al consumo ordinario de la familia"; en cambio, el artículo 1.362 habla de los gastos causados por la mujer, o de su orden, "bajo la tolerancia del marido". La doctrina española, aunque no se ha detenido a considerar este problema con demasiada atención, parece estimar que se trata de un poder que la mujer ostenta con carácter autónomo y que no descansa en la voluntad tácita o presunta del marido (204). La Jurisprudencia, por su parte, se inclina decididamente por la tesis de que la potestad doméstica de la mujer es propia y no delegada, y admite que puede ejercitarse con eficacia aunque no exista base alguna para estimar que los actos de aquélla fueran consentidos tácitamente por el marido. Concretamente, y ante un supuesto de separación de hecho, ha proclamado la validez de las compras efectuadas por la mujer al amparo del párrafo primero del artículo 62 (205), incluso aunque no exista

(202) En Derecho alemán, sin autorización judicial, y en el suizo, con ella.

(203) Cfr. WOLFF, *Tratado de Derecho civil de Eneccerus*, traducción española de Perés Alguer y Castán, tomo IV-I, pág. 301.

(204) En este sentido, LACRUZ, cit., pág. 198, y PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, *Notas al Tratado de Derecho civil de Eneccerus*, pág. 302.

(205) Cfr. la S. de 18 de junio de 1917. En el caso que resolvió esta sentencia, los esposos se habían separado privadamente por entender que su matrimonio era nulo. La mujer quedó depositada en poder de su padre. No resulta de la

hogar conyugal ni otras cargas familiares que el sustento de los cónyuges, lo que tal vez sea llevar demasiado lejos la interpretación de los preceptos antes citados.

¿Cuál es el ámbito de la potestad doméstica reconocida a la mujer? El artículo 62 habla, según hemos visto, de las compras de cosas que por su naturaleza están destinadas al consumo ordinario de la familia. El 1.362 emplea una expresión algo más amplia al aludir a los "gastos diarios usuales de la familia". La doctrina tiende a interpretar con generosidad estos preceptos y así incluye en su ámbito los gastos de "alimentación, cuidado corporal, vestido, educación, menaje, entretenimiento, transporte usual, suministros corrientes" y también los contratos referentes a prestaciones de servicios necesarios o conveniente para el buen funcionamiento del hogar (contratos referentes al servicio doméstico, reparaciones, etc.) (206). Ha de tratarse de gastos cuya cuantía guarde proporción con la posición social y económica de la familia (207). No es posible, en cambio, extender la esfera del poder doméstico a la celebración de contratos (concretamente préstamos) destinados a allegar fondos para atender las expresadas necesidades (lo que en cambio admite la Jurisprudencia francesa), pues la Ley se refiere exclusivamente a los actos dirigidos directamente a cubrir las necesidades normales del hogar.

La subsistencia del poder doméstico de la mujer casada, a pesar de la separación de hecho, constituye, sin duda, una primera solución, digamos de urgencia, que le permite desenvolverse en el ámbito de lo más necesario y perentorio para atender a su propia subsistencia, a la de los hijos, y al funcionamiento del hogar familiar. Pero es indudable que se trata de un remedio parcial e insuficiente y que no sirve para resolver problemas de mayor envergadura o situaciones más complejas. Es necesario, pues, indagar si la posibilidad de que la mujer separada de hecho lleve a efecto actos jurídicos susceptibles de comprometer válida y eficazmente a la sociedad de gananciales, se ciñe, exclusivamente, a los que lleve a cabo al ejercitar sus poderes domésticos, o si puede ampliarse por algún procedimiento indirecto.

Según ya vimos anteriormente, la mujer no puede obligar los bienes gananciales sin el consentimiento del marido, consentimiento

sentencia si llegó o no a entablarse el proceso de nulidad, pero, aunque así fuera, es evidente que no llegó a decretarse aquélla, pues en tal caso hubiera sido mucho más difícil condenar al marido, quien no alude para nada al tema en los motivos del recurso, lo que hace lógicamente presumir que ni siquiera llegó a formalizarse la demanda. La sentencia estima que el marido debe pagar los gastos causados por su mujer en prendas de vestir para ella misma, no obstante la separación, y a pesar de que dada la cuantía del gasto y la naturaleza de los objetos adquiridos (sombreros, pieles, manguitos, etc., suministrados por un comercio lujoso de Biarritz), se interpretó muy latamente el artículo 62 del C. c. La sentencia tuvo en cuenta el rango social, fortuna, costumbres y modo de vivir habitual de la mujer.

(206) Cfr. LACRUZ, cit., pág. 199, y PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, cit., pág. 302.

(207) En este sentido, la Jurisprudencia. Además de la S. de 18 de junio de 1917, ya citada, la de 13 de diciembre de 1919.

que es, como también recalcamos, distinto de la simple licencia. Es más, sostuvimos que, aunque se trate de obligaciones contraídas por la mujer para atender cargas que son legalmente de cuenta de la sociedad de gananciales (números 2 al 5 del artículo 1.408), ello no es razón suficiente para que la obligación se considere válidamente contraída, de modo que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el patrimonio común. Esto no significa, sin embargo, como también se hizo notar, que la sociedad de gananciales y el propio marido tengan que quedar en todo caso indemnes de las consecuencias de la gestión de la mujer, por más que esta gestión haya rebasado el ámbito de las protestades que se le conceden de modo directo.

En primer término resulta evidente que el patrimonio ganancial, si se ha enriquecido como consecuencia del acto de la mujer, tendrá que responder, frente al tercero que contrató con ella, en la medida del enriquecimiento. Supuesta la nulidad del contrato, por cuanto que la mujer no está legitimada para disponer de los gananciales o para obligarlos, la contraparte no podrá ejercitar contra los bienes comunes ninguna de las acciones dimanantes del negocio jurídico que haya celebrado, pero, si en virtud de ese negocio, se ha operado un desplazamiento patrimonial en favor de la sociedad de gananciales, ostentará la acción "in rem verso" para corregir el resultado injusto que en otro caso quedaría consumado. La sociedad de gananciales se enriquece si su activo experimenta un incremento que subsista al tiempo de entablar la acción, y también si la mujer destinó la prestación recibida a satisfacer un gasto que legalmente debe ser soportado por el patrimonio común. Es también enriquecimiento el llamado enriquecimiento negativo, o sea, el que se produce cuando se ha evitado una disminución del patrimonio. Como se ha dicho acertadamente "un no gasto equivale a un ingreso" (208).

Para que la pretensión del tercero, fundada en el enriquecimiento sin causa de la sociedad de gananciales, pueda prosperar se precisa que demuestre que han concurrido las circunstancias y requisitos que constituyen el presupuesto de su ejercicio. La acción, además, estará sujeta a las limitaciones inherentes a todas las acciones de enriquecimiento (209). Por esto hay que preguntarse si el tercero que ha contratado con la mujer no puede hacer valer, en ningún caso, frente al patrimonio común y frente al marido, las acciones que nacen directamente de aquel contrato, sin necesidad de acudir al rodeo, en el que puede perderse, del enriquecimiento injusto.

Apurando un tanto las cosas podría quizá pensarse que el marido que se separa unilateral y privadamente de su mujer dejando en sus manos la dirección del hogar conyugal y la custodia y educación de los hijos, e incluso, a veces, el manejo de todo el patrimonio común acu-

(208) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, página 117.

(209) Cfr. sobre este punto, NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa*, cit., págs. 188 y sigs.

mulado hasta entonces, o el de alguno de los bienes que lo componen, lo que hace no es más que delegar tácitamente en la esposa las facultades de dirección, administración y gobierno que le corresponden como jefe de la familia, papel del que ha abdicado por lo menos temporalmente. Pero si esta solución se rechaza por demasiado atrevida, o cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, no quepa invocar la existencia de esa delegación tácita, cabe aún acudir a las normas y preceptos que regulan la gestión de negocios ajenos. El hecho de que el negocio que gestiona la mujer, a saber la dirección de la familia y del acervo común, no le sea ajeno, como desde luego no lo es, no constituye un obstáculo de consideración que se oponga a la posibilidad que queda apuntada. La "*negotiorum gestio*" puede también entrar en juego cuando asume la dirección de negocios comunes un interesado que legalmente carece de la facultad de dirigirlos. Los autores franceses, por ejemplo, integran en el instituto el supuesto de actuación de un socio por cuenta de la sociedad sin poder para ello (210). La doctrina española más reciente admite, igualmente, aunque no se detenga en el estudio del problema, que los terceros pueden hacer valer contra la sociedad de gananciales las pretensiones derivadas de los actos celebrados por la mujer en virtud de acciones amparadas por la gestión de negocios (211).

De las tres acciones que brotan de la "*negotiorum gestio*", nos interesa detenernos a contemplar dos: la que asiste al gestor contra el dueño y, sobre todo, la que pueden ejercitar los terceros frente al "*dominus*". A ambas se refiere el artículo 1.893 del C. c. (212).

(210) NÚÑEZ LAGOS, cit., pág. 179, estima criticable esta doctrina por entender que si el socio obra en nombre propio (caso al que se refiere el artículo 1.698 del C. c.), la sociedad no puede quedar vinculada más que por vía de enriquecimiento, lo cual viene a ser sancionado por el precepto citado. Sin embargo, yo creo, y disiento de la autorizada opinión de NÚÑEZ LAGOS, que si se está en el caso del inciso final del artículo 1.717, párrafo 2.º; es decir, si se trata de cosa propia de la sociedad, este hecho sustituye la "*contemplatio domini*" y, por tanto, se puede aplicar, aunque no haya mandato, el artículo 1.893 invocando la norma contenida en el artículo primeramente citado, que parece aplicable por analogía. Ciertamente que la propia doctrina francesa ha llevado el supuesto al terreno del enriquecimiento injusto al clarificar la distinción, al principio un tanto turbia, entre la acción "*in rem verso*" y la que dimana de la "*negotiorum gestio*" propiamente dicha. Por otra parte, y como el propio NÚÑEZ LAGOS reconoce (Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista, en Cuestiones de Derecho privado de nuestra postguerra, Barcelona, 1942, págs 167 y sigs.), cuando el negocio es ajeno "*ex re ipsa*" no es necesario el requisito del "*animus aliena negotia gerendi*", ni, por tanto, el de la "*contemplatio domini*". La gestión por parte de la mujer de los intereses familiares, o sus actos de administración, e incluso de disposición sobre los gananciales, se refieren, sin duda, a un negocio que objetivamente, es decir, "*ex re ipsa*", pertenece también, aunque no exclusivamente, al marido.

(211) LACRUZ, cit., pág. 199.

(212) En cambio, no tiene interés considerar la acción directa del dueño contra el gestor porque no parece que el marido pueda exigir de su mujer que continúe la gestión iniciada, ya que es él quien debe asumir la dirección de la familia. Tal vez, sin embargo, no quepa excluir en absoluto la posibilidad de

La "actio negotiorum gestio contraria" podría, tal vez, ser entablada por la mujer que ha satisfecho, a expensas de su propio patrimonio, gastos que son legalmente de cuenta de la sociedad de gananciales. El derecho a exigir el reintegro de estos gastos por vía de enriquecimiento injusto es indiscutible (213). Pero la acción fundada en la gestión de negocios tiene más amplio contenido, pues faculta para exigir el reembolso de los gastos necesarios y útiles hechos por la mujer más los perjuicios que hubiere podido sufrir, es decir, tiene por finalidad dejarla indemne por completo de las consecuencias de su gestión (214). Aunque la cuestión es opinable yo me inclino a favor de la viabilidad en este caso de la "actio negotiorum gestio contraria". La ingerencia de la mujer se debe a que el marido ha abandonado, generalmente con culpa, el cumplimiento de los deberes que le incumben como rector de la sociedad conyugal (215).

Mayor interés tiene, como ya he subrayado, el ejercicio de la acción que corresponde a los terceros contra el "dominus", que en este caso es el marido, en su calidad de representante legal de la sociedad de gananciales. A mi juicio, siempre que se cumplan las exigencias que la Ley establece para que el dueño quede vinculado frente al tercero que contrató con el gestor oficioso no hay motivo alguno para excusar la responsabilidad del marido, ni la del patrimonio común. No se trata ya (como acontece en cambio con la "actio negotiorum gestio contraria") de resolver un problema que afecta exclusivamente a las relaciones entre los cónyuges, y que por la peculiar naturaleza de éstas merezca soluciones especiales, sino que estamos situados, lisa y llanamente, ante una relación que intercede entre un extraño (el que contrató con la mujer) y el marido, administrador legal de la sociedad de gananciales. Puesto que nos encontramos ante una hipótesis en que el negocio es objetiva (aunque

aplicar el artículo 1.899 en el caso de gestión culposa o negligente de la mujer, al menos en ciertos casos en que el marido hubiera estado de hecho imposibilitado de intervenir. Los perjuicios habrían de ser tenidos en cuenta a la hora de liquidar la sociedad de gananciales. No obstante, el hecho de que el marido no sea responsable de una gestión desafortunada del patrimonio común (salvo supuestos de fraude o contravención), hace sumamente cuestionable que pueda entrar en juego el artículo 1.899.

(213) Cfr. LACRUZ, cit., pág. 404, y sentencia de 27 de octubre de 1909, de la que resulta, no obstante, que el reembolso no debe tener lugar hasta el momento de la liquidación de la sociedad. Disiente LACRUZ en obra y lugar citados.

(214) Así, por ejemplo, la mujer podría repercutir los intereses y quebrantos derivados de las obligaciones asumidas y satisfechas por ella para allegar fondos con qué pagar cargas de la sociedad de gananciales.

(215) Por consiguiente no cabe pensar en la aplicación del artículo 1.893 cuando es el propio marido quien a sus expensas supe de su propio peculio cantidades que son de cuenta de la sociedad de gananciales, puesto que bajo ningún concepto puede considerársele gestor de negocios ajenos, ni existe dejación de facultades por parte de la mujer, ya que, por hipótesis, y en principio, no la tiene. En cambio el marido ostentará la acción de enriquecimiento.

parcialmente) del marido (o sea, nos hallamos ante un caso de "negotiorum gestio" propiamente dicho y no de "negotiorum susceptio") basta, para establecer la vinculación directa del marido y del patrimonio ganancial, la concurrencia de la llamada "utiliter gestum". Este esencial requisito aparece descrito y explicado por el artículo 1.893. A mi juicio, tiene dos versiones. Se da, de manera indiscutible, en el caso a que se refiere el segundo párrafo del precepto. Dice este segundo párrafo: "Igual obligación le incumbirá (al dueño) cuando la gestión haya tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto aunque de ella no resulte provecho alguno" (216).

Con arreglo a esta primera manifestación del "utiliter gestum" los actos de la mujer vincularán directamente a la sociedad de gananciales cuando mediante su gestión se haya evitado al patrimonio común un perjuicio inminente y manifiesto o cuando la mujer haya tenido que comprometer aquel patrimonio para atender a alguna de las cargas que legalmente pesan sobre la sociedad de gananciales, de tal modo que la necesidad de proveer a su satisfacción se presente con el carácter de urgencia y en la forma ostensible que exige el segundo párrafo del artículo 1.893. Se trata, por ejemplo, de efectuar una reparación inaplazable en un bien ganancial, de decidir una intervención quirúrgica grave y costosa (217), o de adquirir la vivienda en que está instalado el hogar familiar, para evitar el riesgo de que, por no ejercitar el tanteo arrendaticio, el comprador pueda, después,

(216) NÚÑEZ LAGOS, obra últimamente citada, pág. 175, entiende que la acción derivada de este segundo párrafo no es una acción de gestión de negocios, sino de enriquecimiento. No comparto esta opinión. Al decir el Código que las "mismas obligaciones (es decir, las que fija el párrafo primero) incumbirán al dueño frente al gestor", pone de relieve claramente que la acción que compete al gestor contra el dueño, cuando su gestión haya tenido por finalidad evitarle un perjuicio inminente y manifiesto, es de la misma naturaleza que la contemplada por el párrafo primero. Por tanto, el dueño no responderá frente al gestor hasta la medida de su enriquecimiento (enriquecimiento negativo), sino de los gastos necesarios y útiles hechos por el gestor, y de los daños y perjuicios que la gestión le hubiese ocasionado. El supuesto previsto por el artículo 1.893-2 responde mejor a la tradición romana del instituto que el aludido por el primer párrafo, el cual, como el propio NÚÑEZ LAGOS reconoce, se desvía un tanto del tradicional concepto del "utiliter". Así las cosas, y aunque el segundo párrafo del artículo 1.893 alude sólo a las obligaciones del dueño frente al gestor, no se ve razón alguna, si situamos la hipótesis, como creemos haber demostrado y resulta además de su encuadramiento sistemático, dentro del ámbito de la "negotiorum gestio" propiamente dicha, para negar a los terceros acción contra el dueño, lo que, además, sería claramente contrario a la equidad.

(217) Cfr. la S. de 19 de mayo de 1934. Esta sentencia declara válido un contrato de servicios médicos celebrado por la mujer urgentemente para atender a su marido. Pero, evidentemente, la figura de "la representación necesaria" que invoca esta sentencia, y que, a mi juicio, únicamente puede encontrar cauce a través de la "negotiorum gestio", es también aplicable a los supuestos en que los servicios médicos hayan sido convenidos por la mujer separada de hecho para cuidar de su propia salud, o de la salud de los hijos.

denegar la prórroga forzosa (218). En todos estos casos, u otros similares, son válidos, y vinculan a la sociedad de gananciales, no sólo los negocios jurídicos celebrados por la mujer directamente dirigidos a conjurar el perjuicio que amenace los intereses familiares, sino también los que tenga que llevar a cabo para allegar los recursos necesarios, siempre que se demuestre, la conexión entre ambos negocios y la aplicación íntegra de lo obtenido con el segundo al pago de las prestaciones dimanantes del primero.

Pero el "utiliter gestum", susceptible de vincular directamente al "dominus negotii" frente a terceros, no se agota en el supuesto contemplado por el párrafo segundo del artículo 1.893. En el primer párrafo del mismo artículo se dice: "Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena el dueño de los bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés". A primera vista parece que la Ley se refiere aquí a la posibilidad de que los negocios jurídicos celebrados por el gestor sean ratificados tácitamente por el dueño del negocio. Sin embargo, y como se ha puesto de relieve con acierto (219), el aprovechamiento de las ventajas de que habla el Código no equivale a una ratificación. Aunque el dueño no conozca exactamente cuáles hayan sido los actos jurídicos realizados por el gestor (lo que excluye toda idea de ratificación) o aunque pretenda desconocerlos o impugnarlos, si se aprovecha de los resultados de la gestión (220), queda vinculado según el artículo 1.893. Se trata de una aplicación del "utiliter gestum" que responde a una progresiva trayectoria de objetivación de este requisito. Mientras para el derecho romano la vinculación del dueño dependía de factores referidos al comienzo de la gestión, el Código civil atiende preferentemente al resultado final de la misma, y, sobre todo, al comportamiento que frente a ella observe el dueño, aunque este comportamiento, repetimos, no tenga que consistir necesariamente en una ratificación expresa o tácita. El aprovechamiento de las ventajas derivadas de la gestión ("utiliter coeptum") basta para que el dueño quede obligado frente a los terceros que contrataron con el gestor, y también para que nazca la "actio negotiorum gestio" contraria (cfr. 1.893-1 "in fine").

La expresión "ventajas" que utiliza el artículo 1.893 debe ser en-

(218) En mi práctica profesional he visto alguna autorización judicial concedida con este fin. En la medida en que la autorización se dirija a levantar la incapacidad de la mujer, nada hay que oponer al remedio de la intervención judicial. Pero si de lo que se trata es de pagar el piso con dinero ganancial, o presuntivamente ganancial, como ocurre generalmente, la intervención judicial, de proceder de acuerdo con el derecho estricto, no puede resolver el problema. El camino, en mi opinión, para llegar a la necesaria solución afirmativa, ha de ser el que señalo en el texto.

(219) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, ob. cit. últimamente, pág. 177, en contra de la tesis de TRAVIESAS.

(220) Este es el sentido que hay que dar a la expresión aprovecharse de las ventajas. Cfr. NÚÑEZ LAGOS, cit., pág. 176.

tendida, en mi opinión, en sentido amplio. El dueño se aprovecha también de los resultados de la gestión cuando ésta ha consistido en el cumplimiento de atenciones que estaban legalmente a su cargo y de las que voluntariamente se ha desentendido. El marido, por tanto, que abandona el hogar y los hijos, y omite el cumplimiento de los deberes de todo orden que como jefe de la familia le incumben, queda vinculado "utiliter" por la gestión de la mujer y no podrá excusar su propia responsabilidad y la del patrimonio común por razón de las obligaciones que la mujer haya contraído para proveer a la satisfacción de las cargas familiares y las demás que son de cuenta de la sociedad de gananciales. Tampoco podrá escudarse en que no conoció ni ratificó los contratos que la mujer llevó a cabo, vinculando el patrimonio común, si de algún modo se beneficia o disfruta de los bienes que la mujer adquirió durante la separación de hecho.

Las soluciones a que llegamos, gracias al juego de la "negotiorum gestio", corrigen en gran parte, y con relación a nuestro supuesto, los resultados a que conduce la aplicación insoslayable del artículo 1.416. Se ha sostenido doctrinalmente (221), como ya indicamos en la primera parte de este trabajo, que los bienes gananciales deben responder de las obligaciones de la mujer que cuenta con licencia de su marido, caso de que estas obligaciones se hayan contraído para atender a alguno de los conceptos detallados por los artículos 2 a 5 del artículo 1.408. En mi opinión —y por eso creo que la solución que propugno es más justa frente a la separación de hecho motivada por el abandono del marido— cuando pueda ser aplicable el artículo 1.893 es irrelevante que la mujer tenga o no tenga licencia para obligarse. En efecto, tanto la licencia (que se precisa para que la mujer pueda vincular su propio patrimonio) como el consentimiento (necesario para obligar los gananciales) son aquí innecesarios pues la interferencia de aquel precepto desata una responsabilidad "ex lege" que no dimana de la voluntad del marido. Tampoco puede invocarse la supuesta incapacidad de la mujer. La mujer, como sabemos, no es de suyo incapaz. La limitación a su capacidad proviene de las potestades del marido quien consecuentemente puede, si quiere, levantarlas. Pero como el artículo 1.893 opera al margen de la voluntad del "dominus" no tendría aquí sentido excusar la responsabilidad del patrimonio común mediante el expediente de que la mujer no tiene, al estar desprovista de licencia, capacidad para obligarse.

En cambio, y me permito insistir en ello, cuando el artículo 1.893 no sea aplicable, no creo que las obligaciones contraídas por la mujer, que tiene licencia de su marido para obligarse, puedan directamente repercutirse sobre el patrimonio ganancial aunque se hayan contraído para levantar cargas familiares. Si el marido está asumiendo la dirección de la familia (incluso aunque esté separado de he-

(221) Cfr. LACRUZ, ob. cit., pág. 520.

cho), la mujer, fuera del ámbito de su poder doméstico, no puede tomar decisiones válidas a sus espaldas, salvo supuestos graves y urgentes que se resolverían merced al segundo párrafo del artículo antes citado (222). La pura licencia, cuando no envuelva un consentimiento tácito, significa que el marido no quiere que su mujer obligue el patrimonio ganancial. A él corresponde decidir exclusivamente qué obligaciones deben ser contraídas para cubrir las necesidades de la familia (223). La mujer que en uso de la licencia se obliga e invierte la contrapartida en beneficio de la sociedad de gananciales no compromete a ésta, sin perjuicio de la responsabilidad del patrimonio común por razón de su posible enriquecimiento y dentro de los límites de éste. Comprendo que en la práctica puede resultar delicado puntualizar cuándo la actitud del marido debe decidir la aplicación del artículo 1.893. Pero el margen de incertidumbre es, "a priori", inevitable. El quehacer del jurista consiste —ineludiblemente— en bajar y matizar las soluciones legales para buscar la justicia del caso concreto.

D) VALOR JURÍDICO DE LOS ACTOS REALIZADOS POR LA MUJER SIN LICENCIA O CONSENTIMIENTO DEL MARIDO

Hemos examinado hasta aquí los supuestos en que la mujer separada de hecho puede válida y eficazmente actuar sobre su propio patrimonio, o sobre el patrimonio ganancial, a pesar de no contar con la licencia o consentimiento de su marido. Cumple ahora que estudiemos cuál es el valor jurídico de los actos que intente llevar a cabo sin la autorización o consentimiento marital, y que por su naturaleza o circunstancias caigan fuera de las hipótesis en que la intervención del esposo no sea necesaria. Por supuesto tales actos, al adolecer de un requisito necesario para su eficacia, no pueden surtir la plenitud de sus efectos y consecuencias. Son, en mayor o menor medida, ineficaces. Cual sea la intensidad y el alcance de esa ineficacia es el tema que nos proponemos abordar ahora.

(222) La aplicación del párrafo segundo del precepto, presupondrá normalmente que mediante la gestión de la mujer se ha provisto a alguna atención que era de cargo de la sociedad de gananciales. Sin embargo no es este dato, sino la urgencia en afrontar el gasto, la razón determinante de la responsabilidad del patrimonio común.

(223) LACRUZ, cit., pág. 520, estima que las obligaciones contraídas por la mujer, y que puedan encajarse en alguno de los cuatro últimos apartados del artículo 1.408, podrán hacerse efectivas sobre el patrimonio común, si han sido válidamente contraídas; es decir, si la mujer tenía licencia marital o judicial para obligarse, o si actuó en base de las facultades que le reconoce el artículo 1.384. En cuanto a la imposibilidad de que el patrimonio ganancial quede obligado a consecuencia de los actos de la mujer provista de simple licencia (distinta del consentimiento a que se refiere el artículo 1.416), nos remitimos a lo que antes dijimos al estudiar con detenimiento esta cuestión. Por lo que respecta a la invocación del artículo 1.384, no se nos alcanza cómo la mujer, a través de la facultad de administrar sus parafernales, pueda contraer una obligación destinada a satisfacer una carga de la sociedad legal.

La licencia marital es necesaria para que la mujer pueda disponer de su propio patrimonio, o para que pueda contraer obligaciones que deban hacerse efectiva sobre él, salvo que se trate de contratos u obligaciones que entren dentro del ámbito de facultades que la ley le reserva (antes hemos visto cuáles eran estas facultades), pues entonces la autorización del marido es superflua. La falta de licencia, cuando ésta es precisa, determina la anulabilidad del acto. El acto no es nulo, sino anulable, lo que equivale a decir que mientras no sea impugnado por el marido, o sus herederos (únicos titulares de la acción de impugnación), surte los efectos que, según su naturaleza, está destinado a producir. Así resulta con toda claridad de los artículos 65 y 1.301 del C. c. y lo confirma con rara unanimidad la interpretación jurisprudencial y doctrinal de dichos preceptos. Haciéndose eco de este criterio el Reglamento Notarial permite la autorización de escrituras otorgadas por mujer casada sin licencia marital, aunque ésta sea necesaria, pero con obligación por parte del Notario de advertir expresamente las consecuencias posibles de la falta de licencia (artículo 169). El Reglamento hipotecario en su artículo 94 admite la inscripción de los actos o contratos otorgados por mujer casada sin licencia de su marido siempre que el Registrador haga constar en la inscripción la falta de autorización marital.

No hay, pues, cuestión en cuanto al tipo de ineficacia que afecta a los actos otorgados por la mujer casada sin licencia de su marido. En cambio, sí pueden y deben plantearse dos problemas. El primero consiste en saber si el derecho de impugnación que la Ley reconoce al marido y a sus herederos es absoluto e incondicionado, o puede quedar eliminado en los casos de abuso manifiesto en su ejercicio. El segundo se refiere al juego y al alcance de la acción de impugnación una vez que la misma se ejercita con éxito.

Respecto del primer punto, los términos en que se produce el artículo 65 inclinan a pensar que el derecho de impugnación que el artículo 65 concede al marido y a sus herederos no tiene otra limitación que la derivada del artículo 1.301, es decir, que se ejercite antes de que expire el plazo de caducidad señalado por dicho artículo (224). Sin embargo, esta primera impresión se desvanece si se tiene en cuenta, de una parte, el fundamento de la licencia marital, y de otra, la posibilidad de suplir ésta por la autorización judicial. Dicha posibilidad, sobre la cual hemos tratado anteriormente, responde a la necesidad de evitar que el marido abuse de las prerrogativas que se le conceden (225). Lo correcto es, sin duda,

(224) Comparto la interpretación de LACRUZ, cit., pág. 217, en el sentido de que los cuatro años deben contarse desde que el marido conoce la celebración del acto impugnado. El cómputo de los cuatro años, a partir de la disolución del matrimonio, es, como dice dicho autor, sólo un plazo máximo, pero ello no excluye que la acción caduque antes; es decir, si han transcurrido cuatro años desde que el marido tuvo conocimiento del acto en cuestión.

(225) Es evidente que si la mujer ha acudido al Juez en demanda de su au-

siempre que el marido niegue injustificadamente la licencia, que la mujer acuda al Juez para que la autorice. Pero esto no significa que la impugnación del marido o de los herederos, aunque la mujer haya prescindido de dirigirse al Juez, no pueda conducir a un resultado arbitrario e injusto, como sucederá si, de hecho, el acto de la mujer no ha irrogado daño ni perjuicio alguno a la sociedad conyugal. Las consecuencias de una impugnación arbitraria son aún más irritantes cuando la acción de impugnación la entablan los herederos del marido. Como respecto de éstos, no cabe invocar el principio de subordinación de la mujer al varón, que cesa al quedar viuda la mujer, parece evidente que su impugnación sólo debe prosperar si el acto impugnado ha causado un daño efectivo a la sociedad de gananciales, y por tanto a sus intereses económicos, que, en este caso, son los únicos que pueden ser tenidos en cuenta. Por esto se ha dicho (226) que en “aquellos casos en que la anulación de los actos de la mujer carezca para los herederos de toda trascendencia parece que la demanda debe apreciarse como un manifiesto abuso de derecho. La solución contraria permitiría a aquéllos por simple capricho o guiados por propósitos inconfesables invalidar negocios jurídicos concluidos por la mujer con terceros”. Pero este razonamiento, a mi juicio impecable, es igualmente referible a la impugnación procedente del marido, quien, asimismo, puede actuar en virtud de móviles reprobables, lo cual es más probable, precisamente, en hipótesis de separación de hecho, sobre todo si el culpable de la separación ha sido el esposo. En mi opinión, por consiguiente, el artículo 65, para que responda cabalmente a la finalidad que debe cumplir, ha de ser integrado en la teoría del abuso del derecho. La impugnación, proceda del marido o de sus herederos, debe quedar enervada si se demuestra (la carga de la prueba compete a la contraparte y a la mujer, pues, el marido, en principio, no tiene que demostrar, ni siquiera alegar, las razones en que funda su negativa) que el acto realizado no causó perjuicio alguno a la sociedad de gananciales. Esta fue, como vimos anteriormente, la conclusión a que llegó nuestra doctrina clásica. Sería lamentable, y casi grotesco, que nuestros ilustres antecesores de los siglos XVI y XVII resultaran, a la postre, más flexibles y transigentes con la mujer casada que nosotros los juristas que vivimos en la segunda mitad del siglo XX (227).

torización subsidiaria y el Juez se la deniega, el derecho de impugnación, caso de que la mujer, a pesar de todo, celebré el acto que le ha sido vetado, nacerá, incuestionablemente, incondicionado.

(226) LACRUZ, cit., pág. 216, nota 31.

(227) LACRUZ, obra y lugar últimamente citados, acepta que la impugnación planteada por los herederos del marido sea desestimada si se formula con manifiesto abuso de derecho, pero rechaza que esta solución sea aplicable al marido. No estimo razonable, según expongo en el texto, esta diferencia de trato que LACRUZ intenta justificar en el interés moral del marido “de que sea respetada su autoridad de esposo”. La autoridad y las potestades del marido no se le

Por su propia naturaleza, es decir, por tratarse de un derecho de impugnación en sentido estricto, el ejercicio de este derecho queda limitado a ciertas personas que son, según se ha expuesto, el marido o sus herederos (228). ¿Pueden uno y otros ejercitar la acción de anulabilidad en los mismos casos y circunstancias? El artículo 65 no hace, ciertamente, distinción alguna sobre este punto, pero una consideración atenta del problema debe llevarnos a la conclusión de que no es posible establecer una completa paridad entre ellos. Cuando es el marido quien impugna basta un daño o perjuicio probable, aunque todavía no se haya consumado. Cuando la impugnación parta de los herederos sólo debe tener éxito si el daño o el perjuicio se han producido efectivamente. Los daños o perjuicios futuros, si se producen, ya no afectarán a la sociedad de gananciales (disuelta), sino solamente al patrimonio particular de la mujer con relación al cual no acreditan los herederos del marido derecho alguno. Finalmente, el único perjuicio económico que el acto de la mujer (referente a sus propios bienes) puede causar a los herederos del marido es el que se dará cuando, a consecuencia de dicho acto, hubiesen salido del patrimonio uxorio bienes que hayan producido frutos antes de disolverse la sociedad de gananciales, y que, merced al juego del artículo 1.303, puedan ser recuperados e incorporados al acervo común partible. También cabe pensar en la hipótesis de que la mujer haya incumplido, antes de disolverse el matrimonio, algún contrato impugnabile. La impugnación tendría por fin evitar que la indemnización consiguiente pudiera hacerse efectiva sobre los gananciales, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.410. Subrayemos, por último, que la posición del marido viudo, que no impugnó en vida de su mujer los actos celebrados por ésta, se aproxima bastante a la que hemos señalado para sus herederos. Las limitaciones expuestas son en ambos casos necesarias para impedir el ejercicio arbitrario y abusivo del derecho de impugnación.

La aplicación del artículo 1.303 da lugar a otra cuestión de interés evidente para nuestro tema. A tenor de lo que establece ese artículo, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato con sus frutos, y el precio con sus intereses. En virtud, pues, de este precepto, si la mujer ha recibido alguna contraprestación, como será lo normal, en virtud del contrato celebrado sin licencia, tendrá que ser condenada a restituir lo percibido con los intereses en su caso. La devolución, desde luego, habrá de tener lugar

conceden en su propio beneficio, y no es admisible, por consiguiente, que abuse de ellas al ejercitarlas.

(228) La mujer no puede impugnar el acto por ella celebrado fundándose en la falta de licencia. Esta solución, unánimemente compartida por la doctrina y la Jurisprudencia, es lógica. La mujer no es incapaz. Las limitaciones a su capacidad se le imponen en obsequio a las potestades del marido. Por ello sólo éste y sus herederos están legitimados para el ejercicio de la acción de impugnación, aunque los últimos más limitadamente, según veremos en el texto.

exclusivamente a expensas de su propio patrimonio. Sin embargo, la aplicación a rajatabla de lo dispuesto por el artículo 1.303 podría, en algún caso, dar lugar a consecuencias incongruentes con el fundamento de la acción de impugnación. Evidentemente el patrimonio de la mujer que, a consecuencia del acto realizado ha recibido una contraprestación, se habrá enriquecido en la medida determinada por la cuantía de la misma. Pero este enriquecimiento puede ser efímero y haber desaparecido cuando el acto sea atacado, o, por el contrario, estar consolidado y subsistir. En este caso la obligación de restituir existe indiscutiblemente. Pero si el enriquecimiento ha sido momentáneo, porque la mujer, por ejemplo, ha disipado el precio de un parafernalia enajenado, la restitución ya no dejará indemne su patrimonio, con lo que, a primera vista, parece que, a pesar de que el acto sea anulado y la contraparte devuelva lo que recibió, se frustra indirectamente la finalidad que persigue la acción de impugnación. Puede acontecer, además, siempre en la hipótesis de que la mujer haya malgastado lo recibido, que en su patrimonio no existan ya bienes suficientes con los que hacer frente a su obligación de restituir. ¿Qué sucede entonces? ¿Han de quedar paralizados los efectos de la impugnación? ¿Tiene el marido que anticipar de la masa ganancial el importe de lo que su mujer debe devolver? El problema es de difícil solución, porque, al menos en línea de principio, el artículo 1.304, según el cual cuando la nulidad proceda de la incapacidad de alguno de los contratantes no está obligado el incapaz a restituir, sino en cuando se enriqueció con la cosa o con el precio, no es aplicable a nuestro caso, por cuanto que la mujer, según hemos recordado reiteradamente a lo largo de este trabajo, no es, en rigor, una incapaz. Sería, además, arbitrario que la mujer pudiera excusarse para siempre de cumplir la obligación que le impone el artículo 1.303, sin más que demostrar que no se enriqueció con el contrato anulado. Por otra parte, el marido dispone de medios para ver de recuperar lo que la mujer ha consumido, pues, evidentemente, puede también atacar los actos a través de los cuales la mujer dispuso lo recibido. Pero no hay duda que en muchos casos la recuperación será prácticamente imposible. Pues bien, en estos eventos, yo estimo posible la aplicación analógica del artículo 1.304, aunque con dos limitaciones: La obligación de restituir no desaparece del todo, sino que sólo queda aplazada hasta que, una vez disuelta la sociedad conyugal, la mujer, a consecuencia de la liquidación, o por hechos posteriores, adquiera bienes suficientes. La prueba de que lo recibido por la mujer ha desaparecido, en términos tales que es imposible su recuperación, corresponde al marido, o a sus herederos. Cumplidas estas exigencias parece justo que la contraparte asuma los riesgos inherentes al hecho de haber contratado con una mujer casada que no contaba con la licencia de su marido (229).

(229) CASTRO (ob. cit., pág. 264, nota 3) sostiene que por no ser la mujer casada incapaz no pueden serle de aplicación los artículos 1.304 ni 1.314 del C. c.

El consentimiento del marido (230) es necesario para que la mujer pueda actuar eficazmente sobre el patrimonio ganancial. Como la facultad de administrar, obligar, o enajenar, los gananciales corresponde únicamente al marido; la mujer, excepción hecha de los supuestos que antes examinamos, necesita que el marido delegue en ella sus facultades para llevar a cabo válidamente cualquier acto susceptible de comprometer los bienes comunes (231). Si no existe la delegación nos encontramos ante un supuesto de falta de legitimación que, en principio, debe ser tratado (por lo que se refiere a la repercusión del acto sobre el patrimonio ganancial) como un caso de ausencia de poder. Las consecuencias que se desprenden de este punto de partida, rigurosamente deducidas, son éstas: 1.^a El marido no necesita ejercitar una acción de impugnación propiamente dicha. Le basta con pedir que se declare su ineficacia para proceder a continuación, si fuera necesario, a ejercitar las acciones dirigidas a la recuperación material de los bienes de que la mujer haya, indebidamente,

Directamente no lo son, desde luego, porque la condición de la mujer casada no se basa en su incapacidad ni tiene por objeto protegerla. Pero de hecho, hay que llegar, en cierto modo y en ciertos casos, a soluciones análogas, si no se quieren dejar desprotegidos, o insuficientemente amparados, los intereses en defensa de los cuales se concede al marido, o a sus herederos, la posibilidad de impugnar los actos que la mujer celebre sin licencia marital.

(230) Sobre la distinción entre licencia y consentimiento nos remitimos a lo antes dicho.

(231) Sobre las distintas formas que puede revestir esta delegación de facultades, ver lo anteriormente expuesto. Por otra parte, el problema de la ineficacia de los actos de la mujer referentes a la sociedad de gananciales, sólo se plantea en principio cuando la mujer intente realizar un acto de administración o de disposición. Si se trata de un negocio puramente obligatorio, y salvo que la mujer haya actuado como gestora de la comunidad, no puede decirse en rigor que el acto sea ineficaz frente a la sociedad de gananciales, sino que, sencillamente, no le afecta, puesto que la mujer, al actuar "nomine propio", y en su propio interés, sólo ha podido vincular su propio patrimonio. La impugnación del acto será posible a través de la vía de la anulabilidad si la mujer carecía de licencia. Sin embargo, si se acepta la tesis de LACRUZ, cit. pág. 521, de que el patrimonio ganancial responde de las deudas particulares de los cónyuges, cualquiera que sea su origen, con carácter subsidiario, solución a la que llega mediante una interpretación extensiva de lo que el artículo 1.410 dispone para el pago de las deudas de los cónyuges contraídas con anterioridad al matrimonio, y de las multas o condenas pecuniarias que les hubieran sido impuestas, la cuestión cambia de aspecto. La responsabilidad del patrimonio ganancial (subsidiaria) dependerá de que el acto de la mujer sea válido (por contar con licencia o por tratarse de un caso en que no la necesita), o de que haya sido impugnado por la vía de los artículos 65 y 1.300 y sigs. del C. c. Pero si el acto es válido, la responsabilidad del patrimonio ganancial (siempre en tesis de LACRUZ) nacerá ex-lege y al margen de que el marido haya o no prestado su consentimiento. (el del 1.416). En todo caso, y aunque no se acepte el punto de vista de LACRUZ (que a mí me parece bastante razonable), la solución que acabamos de exponer será la que deberá aplicarse, por imperativo directo del artículo 1.410, cuando se trate de las responsabilidades dimanantes del incumplimiento de contratos celebrados por la mujer, válidamente, en su propio nombre. Por ejemplo, contratos de prestación de servicios celebrados con autorización del marido, o la judicial, en los casos de la Ley de 1961, e incluso el de trabajo concertado sin licencia alguna por la mujer separada de hecho.

dispuesto. Si la contraparte pretende ejercitar algún derecho contra él, en su calidad de representante de la sociedad de gananciales, le basta igualmente con alegar dicha ineficacia (232). 2.^a Como no existe acción de impugnación, el marido (o sus herederos) podrán solicitar la declaración de ineficacia sin sujeción a ningún plazo de caducidad. 3.^a La ineficacia podrá ser invocada por terceros interesados (233).

Así pues, ante la carencia de preceptos que de modo concreto nos resuelvan la cuestión, parece inevitable estimar que los actos que la mujer otorgue respecto de los bienes gananciales, sin estar facultada por su marido, son ineficaces, con el mismo tipo de ineficacia que alcanza a los que celebra quien se ingiere en la administración o dirección de un patrimonio, o de unos bienes, sin tener poder para ello. Serán, pues, actos nulos (con nulidad relativa) y no simplemente anulables, lo que comporta las consecuencias que esquemáticamente han quedado señaladas. Ahora bien, sin negar que esta sea la solución correcta y ortodoxa del problema, yo me permito sugerir que tal vez fuera más conveniente, y más conforme con la realidad de la situación y con una justa ponderación de los intereses en juego, conceder, simplemente, al marido, una acción de impugnación, de la misma naturaleza y alcance que la que le corresponde cuando se trata de invalidar los actos que la mujer haya realizado sin licencia y que afecten solamente a su propio patrimonio.

Parece, desde luego, que las potestades que corresponden al marido como administrador de la sociedad de gananciales, quedan suficientemente salvaguardadas si se le concede una acción de impugnación, amparada por un amplio plazo de caducidad (el del artículo 1.304), y que no es necesario, por consiguiente, permitirle indefinidamente desconocer lo hecho por su esposa o solicitar que se declare la nulidad del acto. Hay que tener en cuenta, también, para llegar a una solución justa, los intereses de la contraparte, quien, en cierto modo, tiene derecho a suponer que si el marido no reclama contra el acto de su mujer, dentro de un plazo razonable, es porque en definitiva está conforme con la actuación de aquélla. La comunidad de vida que existe entre los esposos parece exigir, en obsequio de la seguridad de la contratación, una reacción relativamente rápida por parte del marido, si no está de acuerdo con el acto otorgado por la mujer. Se dirá que, precisamente en el caso de separación de hecho, esa comunidad de vida ya no existe, con lo que cae por su base el razonamiento expuesto. Pero a esto se puede responder que

(232) Lo que no puede el marido es evitar que el patrimonio ganancial responda por el enriquecimiento que el acto de la mujer haya podido ocasionarle, siempre que ese enriquecimiento subsista. La responsabilidad no cesa si el marido es culpable de que el enriquecimiento se haya esfumado en todo o en parte.

(233) Para mayores precisiones sobre este tipo de ineficacia, cfr. mi trabajo *El nuevo artículo 1.413 del C. c.*, cit., págs. 31 y sigs., donde se examinan con detenimiento las consecuencias que se seguirían de tratar la falta de consentimiento uxorio como un supuesto de falta de poder de disposición, tesis que fue rechazada por mí en el citado trabajo.

lo normal es que los cónyuges vivan juntos y que en la hipótesis de separación de hecho, y al margen de cuál de los cónyuges sea culpable de la separación, hay siempre, por parte del marido que consiente y acepta aquella situación, una cierta dejación de facultades (en el orden práctico, se entiende) que no tiene por qué favorecerle. Y, en último término, el plazo máximo de cuatro años, a contar de la disolución del matrimonio, que señala el artículo 1.304 del C. c., es garantía normalmente suficiente de que el marido, aunque haya vivido separado de su mujer, tendrá la posibilidad de conocer a tiempo lo que aquélla hizo sin su consentimiento. Finalmente, no se puede perder de vista que la mujer, cuando contrata sobre un bien ganancial, aunque carezca de facultades, actúa sobre bienes que le pertenecen en parte. El defecto del acto descansa, exclusivamente, en que la esposa ha infringido, o intentado infringir, la relación de subordinación en que se encuentra frente a su esposo. Se trata en suma de algo que afecta a las relaciones entre los cónyuges, y que, por tanto, no tiene por qué favorecer a terceros. Si el marido acaba por consentir el acto de su mujer, es más justo, a mi parecer, entender que ha renunciado al derecho de impugnarlo que aplicar la técnica de la ratificación con su inevitable secuela: "*ratihabitio non retrotrahitur in preajudicium tertii*".

La tesis que me permito apuntar puede tener, además, algún punto de apoyo en el propio Código civil. Por una parte la distinción entre licencia y consentimiento es más el producto de una elaboración doctrinal y jurisprudencial que una contraposición que tenga su apoyo en el texto de la Ley. De ésta sólo se desprende que la autorización del marido para que la mujer pueda obligar los bienes gananciales ha de referirse claramente a éstos. En segundo término, y como ya se dijo anteriormente, los artículos 59 y siguientes del Código civil están pensados desde el punto de vista de la sociedad de gananciales, y no está claro que la nulidad que establece el artículo 62 (tipificada después en el 65) se refiera sólo a los actos que la mujer realice a expensas de sus propios bienes. Antes al contrario, y por lo que respecta a las compras examinadas por dicho precepto, el supuesto normal es que se verifiquen con dinero ganancial, o presuntivamente ganancial. Finalmente, la posición de paridad que, en principio, establece el artículo 65 entre el marido y sus herederos, al efecto de legitimarlos para establecer la acción de impugnación, se comprende y tiene claro significado, si de lo que se trata es de atacar actos de la mujer referentes a los bienes gananciales. Proyectada dicha acción sobre los que afecten exclusivamente al patrimonio de la mujer la equiparación no es posible, ni siquiera en el terreno puramente económico, pues, según hemos visto, la posibilidad de que los herederos impugnen los actos de la mujer, referentes a sus bienes privativos, debe quedar reducida a supuestos muy limitados y concretos.

13) SITUACIÓN JURÍDICO-PATRIMONIAL DEL MARIDO
SEPARADO DE HECHO.

Como ya expuse en la primera parte de este trabajo, la separación de hecho tiene para el marido, en el orden de los intereses patrimoniales o económicos, mucha menor trascendencia que para la mujer. Subsisten íntegras no sólo las protestades de administración y disposición sobre su propio patrimonio, sino también las que le corresponden sobre la sociedad de gananciales. Es cierto que los actos de su mujer pueden, aunque no haya convenio ni delegación ninguna de facultades, repercutir de algún modo sobre los bienes gananciales, o sobre los suyos propios (234), pero esa posibilidad existe igualmente aunque no haya separación de hecho, y, en último término, si esta circunstancia aumenta la probabilidad de que el marido quede comprometido sin saberlo, ello se debe, en parte, a una situación que él mismo ha provocado o consentido.

La dificultad más grave que se le puede plantear al marido separado de hecho, y que no llegó a un acuerdo privado con su mujer, brota de la limitación de sus poderes dispositivos, como rector de la sociedad de gananciales, que le impone el artículo 1.413 del Código civil, a partir de la reforma de 1958. Puntualizar exactamente las dimensiones de esta dificultad presupone enfrentarse con una larga serie de cuestiones. Todas las que suscita la interpretación del precepto en su versión actual. De ellas me ocupé con detenimiento en otra ocasión (235), y no es cosa de repetir ahora lo que entonces quedó dicho. Sólo me interesa aquí aludir expresamente a dos puntos.

El primero se refiere al valor jurídico de los actos celebrados por el marido sin haber obtenido el consentimiento de su mujer, o la autorización judicial, hipótesis que, sin duda, se presenta como más probable en eventos de separación de hecho. Sostuve que se trataba de actos simplemente anulables, es decir, que encajaban en un tipo de ineficacia similar a la que afecta a los otorgados por mujer casada (referentes a su propio patrimonio) sin hallarse debidamente autorizada por su marido o por el Juez. Esta solución, que encontré alguna resistencia en la doctrina, ha sido, sin embargo, aceptada y compartida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que constituye un honor para quien esto escribe (236).

(234) Cuando la mujer ejercita su potestad doméstica o actúe como gestora del patrimonio común y sea de aplicación el artículo 1.893. Nos remitimos a lo que se dijo antes sobre este tema.

(235) En mi trabajo varias veces citado sobre el artículo 1.413.

(236) Cfr. SS. de 13 de marzo y de 21 de abril de 1964. En la primera de dichas Sentencias se dice que la modificación al artículo 1.413 "no significa que se implante un régimen de codisposición a título oneroso para ciertos bienes, sino que la potestad de disposición le corresponde al marido, único al que pertenece la iniciativa para realizar dichos actos, en los que la mujer no es parte, aunque los consienta, y por ello este novísimo consentimiento "uxorio", limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera

En segundo término, quiero insistir en la idea que entonces apunté a propósito de la posibilidad de enervar la acción de impugnación ejercitada por la mujer o sus herederos mediante la demostración de que el acto del marido no fue perjudicial ni dañoso para la sociedad de gananciales (237). Las razones que abonan la aplicación de la teoría del abuso del derecho a la reacción del marido frente a los actos que su mujer haya llevado a cabo sin licencia, y que antes han quedado expuestas, pueden y deben ser aplicables "mutatis mutandi" a esta otra hipótesis inversa, pero paralela. Sucede únicamente que hay un círculo más amplio de posibilidades en orden a que el acto del marido haya perjudicado los intereses de la sociedad de gananciales que cuando se trata de actos celebrados por la mujer referentes a sus propios bienes, ya que en esta última hipótesis el perjuicio (económico) sólo tendrá lugar cuando el acto haya disminuido o encierre el peligro de disminuir, durante la vigencia de la sociedad, la rentabilidad o productividad del patrimonio de la mujer (238). Aceptado este punto de partida, es decir, que el acto del marido es susceptible de perjudicar los intereses del patrimonio ganancial, desde aspectos más diversos, hay que aceptar igualmente que también en el supuesto de que sean los herederos de la mujer quienes establezcan la acción de impugnación, ésta podrá quedar paralizada merced a la prueba de que el acto del marido no ha causado de hecho daño ni perjuicio a la sociedad de gananciales, sin que sea relevante la probabilidad de un daño o perjuicio futuro, lo que, sin embargo, sí es

jurídica y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, y cuando se hace un uso arbitrario de los mismos cabe sustituirlos por la autorización judicial, por lo que, en principio, parece viable aplicar por analogía, para solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento "uxoris" origina las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital". Se agrega que "la ratio iuris" del precepto consiste en conceder a la mujer una protección de sus intereses en la sociedad de gananciales, los que pueden llevarla a la confirmación o ratificación del acto dispositivo o a su impugnación para que sea ineficaz frente a ella, originando una anulabilidad que sólo se produce si la mujer o en su caso sus herederos la pide". Las frases transcritas sancionan íntegramente la tesis que mantuve en el citado trabajo sobre la naturaleza y alcance del consentimiento uxorio y sobre las consecuencias de su no obtención. Cfr. especialmente págs. 12 a 24 y 41 a 47.

(237) Cit., págs. 49 a 50.

(238) Por ejemplo, supongamos que el marido vende un inmueble e invierte el importe de la venta en valores rentables y seguros. La operación en principio es (o puede ser) no sólo racional, sino ventajosa. Sin embargo, la acción que asiste a la mujer para impugnar la venta no puede, sin más, quedar enervada mediante la alegación de que procede con abuso de derecho. Los actos del marido pueden tener por fin eludir indirectamente el consentimiento uxorio mediante la subsiguiente enajenación de los valores, lo cual puede realizar libremente. En cambio, esta posibilidad no existe si el marido reinvierte en otro inmueble. En el caso de la mujer que vende sin licencia, el problema no se plantea, pues, en el mismo ejemplo propuesto, la autorización del marido será también necesaria para que puedan venderse los valores adquiridos.

un dato a tener en cuenta para que la impugnación prospere cuando sea la mujer, constante el matrimonio, quien pida la anulación.

Independientemente de la necesidad de obtener el consentimiento de la mujer, o la autorización judicial, para los actos que, según el artículo 1.413, requieren uno u otro requisito, las facultades del marido sobre los restantes bienes gananciales pueden quedar interferidas por la intervención judicial si la mujer ejercita las facultades que le concede el párrafo segundo del precepto citado, y el Juez entiende que procede adoptar las medidas cautelares a que dicho segundo párrafo se refiere (239).

V

CONSIDERACION FINAL

Cuando hace bastantes años —va ya para diez—, me ocupé de la modificación del artículo 1.413 del Código civil mi preocupación dominante fue acotar el campo de actuación de las nuevas garantías concedidas a la mujer casada bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, con la finalidad primordial de que el juego de dichas garantías no se desorbitase. Fundé mi actitud en un principio básico de la hermenéutica jurídica: aquel según el cual las normas que imponen limitaciones o prohibiciones han de ser objeto de interpretación restrictiva. La pertinencia de aplicar este criterio interpretativo me pareció especialmente procedente por cuanto que las limitaciones se imponían a unas potestades (las del marido como administrador de la sociedad de gananciales) amparadas en una tradición secular, y se hacían efectivas a través de un instrumento tan poco grato y tan propicio a toda clase de abusos como es el derecho de veto. Pero mi trabajo no tuvo, ni quiso tener en ningún momento, aunque alguien haya podido pensar otra cosa, un signo antifeminista. Antes al contrario. Las palabras con que cerré aquel ensayo aludían a la “necesidad de fundar en bases más justas y más conformes con las exigencias de la época en que vivimos la posición jurídica de la mujer casada”. El legislador de 1958 trató, sin duda, de resolver, al menos parcialmente, ese problema, pero la solución adoptada me pareció entonces, y me sigue pareciendo ahora, poco acertada. El nuevo artículo 1.413 —dije en aquella oportunidad— constituye una traba, un obstáculo, un entorpecimiento en fin, a los poderes del marido en su calidad de jefe de familia y administrador de la sociedad de gananciales. Pero para la mujer resulta una garantía imperfecta e incompleta. La debida protección de los derechos de la esposa, especialmente cuando la vida conyugal no discurre con normalidad, exige, a nuestro juicio, otras me-

(239) Cuáles puedan ser estas medidas y qué circunstancias deben mediar para su adopción son cuestiones que examiné en el trabajo sobre *El nuevo artículo 1.413*, ya citado, págs. 80 y sigs., y a lo allí dicho sobre el particular me remito.

didadas diferentes. El patrimonio reservado, la posibilidad de recabar la administración de los bienes comunes en casos graves de incompetencia o inmoralidad probadas del marido, aunque ello no lleve consigo la disolución de la sociedad de gananciales; *el reconocimiento de la separación de hecho como situación susceptible de trascender a la esfera de las relaciones patrimoniales*, son la única defensa verdaderamente eficaz que cabe dispensar a la mujer, para evitar que un varón sin escrúpulos abuse de la posición privilegiada que, todavía, como jefe de la familia, hay que concederle.

Tal vez para demostrar que esta aclaración final no era simplemente una nube de humo que trataba de disimular un ataque contra los fines y propósitos que inspiraron la reforma del artículo 1.413, es por lo que ahora he saltado de nuevo a la palestra para romper una lanza en favor de los intereses, tan importantes y delicados, de las mujeres casadas. He contemplado con este propósito la separación de hecho, supuesto hartó frecuente en la práctica, y que cuando se produce coloca a la mujer en posición difícil, a veces angustiosa. Ya sé que tal como está concebida y articulada la Ley no es fácil brindar a la mujer que se encuentra en esa triste situación soluciones satisfactorias, o, por lo menos, consoladoras. Sin duda para alcanzar este resultado sería necesario una nueva reforma del Código, aunque inspirada esta vez en criterios más amplios y progresivos. Entretanto, he tratado de despejar un poco el sombrío panorama que la doctrina y la Jurisprudencia ofrecen a la mujer que vive separada de su marido, y que no tuvo la decisión o los medios necesarios para acudir a los Tribunales. Acepto de antemano —ya lo anuncié al comienzo— que los resultados prácticos de mi esfuerzo han sido muy modestos. Y aun para llegar a ellos he tenido, quizá, en alguna ocasión, que formar un tanto la interpretación de ciertos preceptos legales. Y no es que esto me asuste. Desde que la leí, hice mía sin reservas, aquella famosa y conocida frase de SALEILLES, paradigma, en mi opinión, de lo que ha de ser la labor del intérprete: “por el Código civil, pero más allá del Código civil”.

Ciertamente nuestro Código civil, nuestro viejo y entrañable Código civil, no ayuda demasiado en este punto. El problema, o por mejor decir, el entresijo de problemas que late en el fondo de tantos matrimonios, reclama soluciones que, para marchar de acuerdo con el espíritu de nuestro tiempo, difícilmente pueden compaginarse con los vestutos prejuicios a que responde en estas materias nuestro primer cuerpo legal. Pero acaso no sea justo pasarle a él por entero el tanto de culpa. Posiblemente la responsabilidad deba exigirse con mayor rigor a ciertas interpretaciones de sus textos que han elevado a la categoría de dogmas ideas y principios que podían haber discurrido por otros cauces.

Con el fin de combatir estos dogmas —para mí falsos dogmas— he escrito este trabajo. No tengo, naturalmente, la pretensión de haberlos destruido. Me conformaría con haber demostrado que sus

cimientos son deleznable y que, por tanto, el edificio que sustentan, al sufrir los embates de otras costumbres y de una manera distinta de entender la vida, acusa, cada día, nuevas grietas y fisuras. El Derecho que se aprende en los libros, y sobre todo el que queda fijado en el texto de las Leyes, solo puede llenar cumplidamente su función si los encargados de aplicarlo son plenamente conscientes de que quienes recurren a su saber, en demanda de justicia, no son sujetos abstractos, elementos de un supuesto de hecho hipotético, sino seres humanos concretos, que traen a cuevas sus preocupaciones y problemas. Si el Derecho ha de escribirse como se habla —según decía IHERING— el jurista que sinceramente quiere servir a los demás —en lugar de servirse de ellos— ha de esforzarse, ante todo, por entender el lenguaje de las gentes que le rodean, y que, con él, forman parte de la sociedad a que pertenece.

Preterición formal y material y nulidad de la institución

ALFREDO GARCIA - BERNARDO LANDETA
Notario

SUMARIO: I. LA PRETERICION FORMAL Y MATERIAL.—A. EVOLUCIÓN DE LA PRETERICIÓN Y DE LA DESHEDERACIÓN EN EL DERECHO ROMANO a) La preterición en el Derecho civil y en el pretorio. b) La inoficiosidad. c) La *actio ad implendam legitimam* y las imputaciones a la *portio debita* de algunos actos inter vivos. d) La Novela CXV: 1) Innovaciones. 2) La inoficiosidad. 3) La preterición y la deshederación. 4) Imposibilidad de la inoficiosidad total. 5) Efectos de la preterición. e) Conclusiones.—B. EVOLUCIÓN LEGAL DE LA PRETERICIÓN Y LA DESHEDERACIÓN EN CASTILLA. a) Las Partidas. b) El Ordenamiento de Alcalá. c) Las Leyes de Toro.—C. LA PRETERICIÓN, DESHEDERACIÓN E INOFICIOSIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL. a) Caracterés de su régimen legitimario. b) Preterición, deshederación e inoficiosidad total. 1) La deshederación. 2) La preterición y el artículo 815. 3) La preterición y la imputación. a') La imputación de los legados hechos a un legitimario. b') La donación a favor de un legitimario: los artículos 819-1 y 1.036 y el artículo 815. 4) Casos dudosos de preterición en el Código civil y problemas previos que plantean.—D. LA PRETERICIÓN FORMAL Y MATERIAL. a) Crítica de VALLET DE GOYTISOLO. b) Análisis de esta crítica. 1) La mención testamentaria del legitimario. 2) El título adquisitivo ha de ser de cosa o cuota imputable a la legítima. 3) La inoficiosidad cualitativa. c) Conclusión.—E. LOS LÍMITES ENTRE PRETERICIÓN Y DESHEDERACIÓN. a) La pretendida preterición intencional. b) Deshederación y preterición.—II. LA NULIDAD DE LA INSTITUCION DE HEREDERO COMO EFECTO DE LA PRETERICION.—A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—B. LA TESIS DE LA ACCIÓN RESCISORIA: a) El argumento histórico: Crítica. b) Los otros argumentos. 1) La convalidación del negocio nulo. 2) La rescisión ha de ser fijada por la Ley. 3) El fundamento de la preterición. 4) La declaratividad de oficio. c) El problema del heredero aparente.—III. CONCLUSION FINAL.

I. LA PRETERICION FORMAL Y MATERIAL

A. EVOLUCIÓN DE LA PRETERICIÓN Y DE LA DESHEDERACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

De la evolución que la deshederación y la preterición han sufrido en Roma, nos hemos ocupado en nuestra monografía "La legítima en el

Código civil” y a ella nos remitimos (1) así como a la bibliografía allí citada (2). Aquí nos limitaremos a resaltar las líneas generales de la evolución deteniéndonos en la Novela CXV y siguiendo fundamentalmente a Vocí (3).

a) La preterición en el Derecho civil y en el pretorio. En el *ius civile* “*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*”, distinguiéndose con relación a los *sui heredes* la institución, la desheredación (*exheredatio*) y la preterición. “El *suus*, según Vocí (4) tiene un derecho a suceder, que le viene inmediatamente de la ley (5): al *pater* está permitido o reconocer este derecho, con la *institutio* o revocarlo, con la *exheredatio*. De los dos actos, la *institutio* tiene valor reconocitivo, la *exheredatio* valor destructivo. Si la *institutio* tuviese, para los *sui*, valor constitutivo, no sería necesaria *exheredatio* en caso de nombramiento de *extranei*: valdría la misma norma que hay para estos últimos, los cuales recibiendo el testamento la cualidad de herederos, no debían ser excluidos de él mediante una adecuada disposición.

“Concebida la *institutio* de los *sui* como acto reconocitivo de una cualidad legal, de ello deriva que su función propiamente constitutiva se limita sólo a la determinación de la cuota: con ella no se quiere atribuir al *pater* otro poder que aquel de alejarse del paradigma paritario de la sucesión *ab intestato*.

“Concebida la *exheredatio* como poder de revocación de una cualidad legal, deriva de ella la regla, según la cual su existencia y validez es la *condicio iuris* de una válida institución de extraños. El derecho del extraño surge en cuanto el derecho del *suus* sea revocado: la delación al extraño está condicionada a la ausencia de delación al *suus*.”

El Derecho pretorio extiende el precepto del *ius civile* sobre los herederos necesarios a los *liberi*: *liberi aut instituendi sunt aut exheredandi* y si el testamento no respeta este principio, es invocable la *bonorum possessio contra tabulas* (6); mas así como “*la norma civil es recta: Inválido el testamento, son inválidas todas las disposiciones. La norma pretoria no tiene esta rectitud: Caído el testamento,*

(1) Editada en Oviedo, Gráficas Lux, 1964, págs. 5 y ss. 96 y ss. 102 y ss. 106 y 130.

(2) A la que agregamos la obra de SCHULZ Derecho romano clásico, trad. de SANTA CRUZ TEIGEIRO. Barcelona, Bosch, 1960, págs. 258 y ss., que no aporta nada decisivo al tema y ha sido manejada por Vocí en su Diritto ereditario romano, Milán, Giuffré, Vol. II, 1963, la cual constituye el estudio más profundo en la materia, aunque no sea el más amplio.

(3) Ob. y vol. cits., págs. 632 a 740.

(4) Ob. cit., págs. 646 y s.

(5) La explicación de SCHULZ (Ob. cit., pág. 257) “Los juristas republicanos desearon siempre salvar la herencia para los *sui*, pero no se aventuraron a impugnar abiertamente el testamento del padre y, por esta razón, se abstuvieron de toda intervención en el testamento, cuando el testador los había instituido o desheredado”, no es convincente. Convence más la explicación por la Ley que por el deseo de los juristas.

(6) Vocí, ob. y vol. cits., págs. 647 y s.

algunas disposiciones son consideradas eficaces, y así las líneas del instituto son complicadas por razones de oportunidad"; v. g. pago de legados. "En realidad la *bonorum possessio contra tabulas* no tiene una naturaleza sola: su fin fundamental es aquel de actuar una sucesión *ab intestato*; pero no quiere por esto excluir un homenaje, limitado a la voluntad del testador (7)".

Tanto en el Derecho civil como en el pretorio la posición de los *sui heredes* y de los *liberi* no se resuelve en una polaridad de institución y desheredación, sino que exigen un tercer género para su recto funcionamiento, la preterición, que no es institución de heredero ni desheredación testamentaria, sino olvido, omisión de una u otra.

En esta fase, si no había institución ni desheredación, surgía un tercer género, la preterición, que ni el legado ni el fideicomiso impedían:

Institución y desheredación se referían a la cualidad de heredero y nada tenían que ver con el legado ni con el fideicomiso. Era tan viable el prelegado como el legado a favor de un *sui heredes* o un *liberi* desheredado; sin embargo el legado a favor de un heredero necesario no instituido ni desheredado no enervaba la preterición causando la nulidad del testamento y la consiguiente sucesión intestada o una especie de derecho de acrecer, o la nulidad parcial del testamento, según los diversos casos.

En este período la preterición es el único límite impuesto al testador en favor de los *sui heredes* y de los *liberi*. Unos y otros sólo tienen derecho a su cuota intestada, si son preteridos. Si son desheredados quedan excluidos de la sucesión intestada. La legítima como "*portio debita*" o cuota del haber líquido herencial no existe y el testador no puede tener el deber jurídico de satisfacerla. El testamento nunca puede ser inoficioso, contrario a los deberes de piedad hacia los más íntimos parientes, porque éstos aún no son deberes jurídicos.

b) La inoficiosidad.—Con la admisión de la *querela inofficiosi testamenti* aparece un nuevo concepto, la inoficiosidad. "Con la *exheredatio* el testamento es perfecto: los hijos del testador no tienen ningún remedio contra él. Es deber del padre evitar una desheredación injusta: mas se trata de un deber moral, no jurídico".

"Este deber moral se transforma en jurídico cuando la desheredación injusta tiene por sanción la invalidez del testamento: esto se logra con la *querela inofficiosi testamenti*" (8).

Voci habla de un deber del padre de evitar una desheredación, más esta palabra hay que entenderla en sentido de inoficiosidad, es decir, negación de una justa participación en el *as* hereditario. Si el testador no deshereda ni instituye al heredero necesario, mas le hace un

(7) Voci, ob. y vol. cits., pág. 667 y D (37,5) 3, 7.

(8) Voci, ob. y vol. cits., pág. 670.

legado, hay preterición, aunque el legado sea superior a la "*portio debita*". Esta fue fijada en la práctica judicial sobre el ejemplo de la ley Falcidia en una cuarta de la herencia intestada.

La "*portio debita*" tenía su fundamento en el deber de afecto, *officium pietatis*, hacia los parientes íntimos y podía ser cumplido por el testador a título de herencia, legado, fideicomiso y donación *mortis causa*, no de donación inter vivos ni de constitución de dote.

El testador no tiene el deber de dejar la "*portio debita*" a una persona que no la merece e incluso puede eximirse de dejarla, si cree poder tutelar los intereses del heredero necesario con un medio mejor que la institución directa (*exheredatio bona mente facta*). La desheredación es inatacable, si se realiza con justa causa, lo cual decidía el juez.

Aunque Vocí parece referir la justa causa a la inatacabilidad de la *exheredatio*, no es del todo exacto, pues no afecta ni a ésta ni a la *institutio* directamente, sino indirectamente, a causa de provocar la *querela* la caída del testamento. La justa causa legítima al testador para incumplir el deber de piedad con quien no lo merece, hace oficioso el testamento. La justa causa se entronca con la inoficiosidad y no con la desheredación.

Si el testador deheredaba a un heredero necesario y existía una justa causa; v. g. ejercicio de un oficio torpe, determinadas faltas contra el testador, mala conducta, la *exheredatio* era tan inatacable como si no hubiese justa causa o como si hubiese hecho la *exheredatio* y un legado de una cuota o cosa equivalente a la "*portio debita*". Justa causa de inoficiosidad y legado enervaban la *querela inofficiosi testamenti*, pero no afectan a la desheredación.

Si para la inoficiosidad no había justa causa, el testador debía enervar la *querela* con un legado, un fideicomiso o una donación *martis causa*; si la había, la *querela* no podía ejercitarse, pero la *exheredatio* en uno y otro caso era inatacable.

En esta época la privación total o parcial de la "*portio debita*" afectaba a los deberes de piedad del testador hacia los herederos necesarios sean *sui iuris* o *liberi*, no había preterición si los instituía o desheredaba, sino inoficiosidad, impiedad y la *querela inofficiosi testamenti* lleva a la caducidad del testamento y a la apertura de la sucesión intestada, consiguiendo el heredero toda la herencia, si es único o una cuota de ella, si son varios, *no teniendo que cumplir los legados* (10). La *querela* presupone un testamento perfecto y sólo es ejercitable cuando no se puede recurrir a otros institutos creados a favor de los herederos necesarios; v. g. si hay preterición de un *suus* o de un *liberi* no procede la *querela* (11).

Las notas de la preterición y de la desheredación después de introducida la *querela inofficiosi testamenti* son:

(9) Vocí, ob. y vol. cits., págs. 676 y ss.

(10) Vocí, ob. y vol. cits., pág. 683 y D (5,2) 8, 16.

(11) Vocí, ob. y vol. cits., págs. 698 y ss.

La única forma de evitar la preterición es la institución o desheredación.

La *exhereditio* no requiere justa causa, mas si la hay se evita además de la preterición por la *exhereditio*, la *querela*, porque no hay inoficiosidad.

La *exhereditio* no necesita justa causa y evita siempre la preterición. La *querela* es inseparable de la inoficiosidad, salvo justa causa.

La *exhereditio* y el legado, fideicomiso o donación *mortis causa* superiores en 1/4 a la cuota intestada del heredero necesario impiden, aquélla, la preterición, y éstos (legado, etc.), la *querela*, porque no hay inoficiosidad.

La institución en menos de 1/4 de la cuota intestada del heredero necesario impide la preterición, porque no hay desheredación, pero no la *querela*, a menos que reciba prelegados y donaciones *mortis causa*, que sumados a la cuota o cosa en que consista la institución iguallen o superen a la cuarta; es decir, no haya inoficiosidad.

La preterición sólo la impide la institución o la desheredación, no habiendo sufrido alteración por la admisión de la *querela*. Esta sólo la evita una justa causa de privación de la "*portio debita*" o la atribución al *suus heres* o al *liber* a título de institución, legado, prelegado, fideicomiso o donación *mortis causa* de una cosa o cuota igual o superior a la cuarta parte de su cuota intestada; es decir, el cumplimiento del deber de piedad.

Hay preterición únicamente cuando el *suus heres* o el *liber* no es instituido ni desheredado.

Hay *exhereditio* cuando un *suus heres* o un *liber* no es instituido, mas si privado de su cualidad de heredero.

Hay inoficiosidad cuando a un *suus heres* o a un *liber* instituido o desheredado se le asigna por vía de herencia, legado fideicomiso o donación *mortis causa* una cosa o cuota inferior a su "*portio debita*". En este período aparecen los rasgos de la legítima moderna, como "*portio debita*", que en rigor implica una limitación a las facultades dispositivas del testador en favor de los *sui heredes* y de los *liberi* concretando cuantitativamente en el haber líquido herencial, cuya limitación coexiste con la anterior, llamada preterición.

c) *Actio ad implendam legitimam* e imputaciones a la "*portio debita*" de actos *inter vivos*.—En el año 361, Costancio establece un nuevo medio de enervar la *querela inofficiosi testamenti* a iniciativa del testador, quien puede disponer que la cuota del heredero necesario se complete al arbitrio de buen varón, si resultase inferior a la debida (12).

Justiniano introduce la *actio ad implendam legitimam* el año 528 (13) y el heredero necesario sólo puede exigir el complemento de la "*portio debita*", que ahora se llama "*portio legitima*", aunque el

(12) Voci, ob. y vol. cits., págs. 730 y s.

(13) C (3,28) 30, pr. y (3,28) 31.

testador no dispusiese que se reintegrase *arbitratu boni viri*, ya que se funda en la ley y es la propia ley la que evita la caducidad total o parcial del testamento por inoficiosidad parcial, o sea, por la no asignación de la "*portio legitima*" íntegra.

A diferencia del régimen anterior, los actos a título gratuito *inter vivos* empiezan a imputarse a la "*portio debita*" o "*legitima*" para enervar la *querela inofficiosi testamenti*, así la constitución de dote, la *donatio propter nuptias* y también la donación simple, pero en ésta es necesaria la cláusula de imputación (14).

Estas innovaciones en cuanto afectan a la inoficiosidad tienen esta relevancia:

El régimen de la preterición no sufre alteración alguna.

La inoficiosidad, en cambio, se mitiga, se reduce en estos términos: La asignación al heredero necesario de una "*portio debita*" inferior, si el testador prevé el complemento, su previsión impide la *querela*; mas a partir del año 538, aunque no ordene que se reintegre la "*portio legitima*", la propia ley la impide por el mecanismo de la "*actio ad supplendam legitimam*".

Si el testador constituyó dote, hizo donación *propter nuptias* o donación simple con imputación expresa a la "*portio debita*", la "*actio ad implendam legitimam*" no procede, si sumado el valor de la dote o donación a lo dejado por vía de institución de heredero, legado o donación *mortis causa* iguala o supera la *portio debita*.

Si el heredero necesario sólo recibe del testador dote, donación *propter nuptias* o donación con cláusula de imputación que cubre la "*portio debita*" no procede la *querela* ni la "*actio ad implendam legitimam*", y si no alcanzan para cubrirla, el heredero necesario perjudicado sólo puede ejercitar la última, no la *querela*.

Obsérvese que la enervación de la inoficiosidad mediante los actos entre vivos referidos, no altera el sentido de la preterición, cuya esencia sigue consistiendo en la institución de heredero o en la revocación de esta cualidad y no en la atribución de una cuota o cosa del haber herencial y tampoco el concepto de inoficiosidad, que no exige la atribución de la cuota o cosa por vía de institución, legado o fideicomiso, sino que admite que puedan ser extrahereditarias, como lo pone de relieve la posibilidad de cumplir los deberes de piedad por vía de donación *mortis causa*, que es independiente del testamento, que se adquiere antes de morir el causante, en el último instante de su vida, y que ahora se extiende a otros actos independientes de la validez del testamento, como son las dotes, donaciones *propter nuptias* y donaciones simples con cláusula de imputación.

La "*portio legitima*" era una limitación meramente cuantitativa de las facultades dispositivas del testador en beneficio exclusivo de los herederos necesarios, mas a partir del año 529 se empieza a dibujar

(14) C. (3,28) 29; C (3,28) 30,2; (3,28) 35,2 y D. (5,2) 25 pr. Voc. ob. y vol. cit., págs. 732 y ss.

en ella, aunque con caracteres muy tenues, otra característica, la de ser, además, una limitación cualitativa, ya que debe ser dejada libre de cargas (*modus*), gravámenes y de condiciones y plazos, que se consideran no puestos en el testamento (15).

d) La Novela CXV.

1) Innovaciones.—Introduce en el objeto de nuestro tema importantes innovaciones.

I. Ascendientes y descendientes tienen derecho a la legítima (16) y además deben ser instituidos herederos. No es necesario que la institución sea en toda la cuota, siempre que el resto venga atribuido por otro título. La ausencia de institución por sí sola es una lesión del derecho del heredero necesario (17).

II. La exclusión de la herencia está justificada sólo en los casos taxativamente indicados en la ley y siempre que el testador no haya perdonado al ofensor.

III. La exclusión de la herencia no requiere una desheredación expresa, aunque si la mención de la causa de la exclusión, con referencia a una persona o a un grupo de personas. El viejo régimen de la *exheredatio* se debe, pues, considerar caducado (18).

IV. El heredero necesario injustamente descuidado (preterido) tiene un derecho de impugnación, que conduce a la rescisión del testamento; la asignación de una cuota inferior a la debida permite el ejercicio de la "*actio ad implendam legitima*". La rescisión afecta únicamente a las instituciones de herederos, ya que las otras disposiciones permanecen válidas (19) (20).

No siendo lícito al ascendiente "preterir o desheredar en su testamento" al descendiente, ni por medio de una donación cualquiera, de un legado, de un fideicomiso o de cualquier otro modo satisfacerles la porción debida por las leyes, a no ser que se pruebe que son ingratos y que los padres hayan insertado en su testamento determinadamente las mismas causas de ingratitud" (Nov. CXV, Cap. III pr.), y tampoco "a los descendientes preterir a sus ascendientes o de algún modo hacerlos completamente extraños a los bienes sobre los que tienen la facultad de testar, a no ser que hubiesen designado especialmente en sus testamentos las causas que enumeraremos" (Novela CXV, Cap. IV pr.), preterición y *exheredatio* se funden en este aspecto.

El ascendiente o descendiente que sea heredero necesario debe ser instituido, y si no lo es, hay preterición, ya que ahora la *exhe-*

(15) C. (3,28) 32.

(16) Su cuantía fue alterada el año 536 por la novela 18 cap. 1, pero esta cuestión no afecta a este estudio.

(17) Nov. 115, cap. 3 pr.

(18) Nov. 115, cap. 3 y cap. 4.

(19) Nov. 115, cap. 5.

(20) En estos cuatro apartados resume Vocri (Ob. cit., págs. 738 y ss.) las alteraciones introducidas por la Nov. 115, cap. 3, 4 y 5 pr.

redatio no es medio viable para excluir la preterición. Esta sólo la excluye la institución de heredero; si falta, hay preterición, pues el legado, la donación *inter vivos* o *mortis causa* y el fideicomiso no la excluyen y la *exhereditio* es inadmisibles en principio.

No obstante, la *exhereditio* puede enervar la preterición, si hay una justa causa, expresada en el testamento y enumerada en la Ley.

¿Qué cambios se han producido?

1.º La *exhereditio* como medio de excluir la preterición está en plano muy distinto de la *institutio*. La trilogía institución de heredero, desheredación y preterición al ser la institución necesaria desaparece y la no institución de un ascendiente o descendiente causa, en principio, preterición, aunque se le haya desheredado, pues la *exhereditio* no tiene valor jurídico, es decir, equivale a preterición, si no va acompañada de una causa legal y expresada en el testamento, lo que en el régimen anterior a la Novela CXV del año 542 no era necesario para la plena eficacia de la desheredación (privación de la cualidad de heredero y no de participación en la herencia), ya que el heredero necesario desheredado podía recibir a título de legado la "*portio debita*".

2.º Desheredación injusta y preterición están equiparadas y la desheredación injusta es preterición.

Desheredación y atribución al desheredado de su "*portio legitima*" por vía de legado, de donación *mortis causa* o de imputación en donación *inter vivos* es también preterición, y lo es porque el ascendiente o descendiente que sea heredero necesario debe ser instituido heredero, ya que la Nov. CXV, Cap. V pr, dice: "... Porque es la sola intención de nuestra serenidad estirpar por parte de los padres y de los hijos la injuria de la preterición y de la desheredación...", y desheredación existe cuando no se instituye heredero, silénciesele o no en el testamento.

3.º La inoficiosidad o incumplimiento por el testador de sus deberes de piedad hacia sus descendientes o ascendientes, excluida la desheredación, impuesta con carácter necesario la institución de los legitimarios y admitida la *actio ad implendam legitimam*, si no hay preterición, la *querela* ha perdido sus funciones primordiales, que le fueron arrebatadas por la preterición al extender su ámbito y por la acción de suplemento de la legítima.

2. La inoficiosidad.

Desmenecemos la inoficiosidad después de la Nov. CXV.

La función de la *querela inofficiosi testamenti* era tutelar al heredero necesario su "*portio debita*", tanto si era instituido en cuota o cosa menor a su cuantía, como si era desheredado; mas después de la Novela citada, no cumple esa función.

En el caso de institución en cosa o cuota menor a la "*portio legitima*", si no se había recibido el resto por legado, fideicomiso, donación *inter vivos* o *mortis causa*, no procede la *querela*, sino la "*actio ad implendam legitimam*", en lo que es decisiva la Novela CXV,

Cap. V. pr. "... mandamos ciertamente que de ningún modo se invalide el testamento en este punto (si algunos hubiesen sido nombrados herederos, aunque se les hubiese ordenado que se contentaren con ciertos bienes), pero que todo lo que se les haya dejado de menos de su porción de legitima que se les complete por los herederos con arreglo a nuestras otras leyes...".

Si hubo preterición, antes y después de la Novela CXV, la *querela* no jugaba, no procedía, como hemos dicho, ya que es remedio subsidiario.

Si hubo desheredación injusta sin atribución de la *portio legitima* o con atribución de la misma a título de legado, donación o fideicomiso, como la Novela equipara ambos supuestos de desheredación a la preterición, no hay razón para el ejercicio de la *querela*, ya que ésta no procede en los casos de preterición.

Si la inoficiosidad se funda en una causa justa, ni antes de la citada Novela ni después de ella procede la *querela inofficiosi testamenti*, porque son precisamente las causas de exclusión de la "*portio debita*" o de la "*portio legitima*", como resulta claramente de las constituciones 11, 19 y 23 del T. XXVIII del L. III del Código y de los cap. III y IV de dicha Novela.

La inoficiosidad como causa de la *querela* queda excluida en las hipótesis en que juegue la *actio ad implendam legitimam*, en los casos de desheredación justa e injusta y en los supuestos de preterición. Por tanto, la inoficiosidad no puede causar la *querela inofficiosi testamenti*, no legitima para su ejercicio.

Mas la inoficiosidad no era un concepto simple en función exclusiva de legitimar para el ejercicio de la *querela*, sino que estaba integrado por otros elementos, que siguen desempeñando una función en materia de legítimas y que se elaboran para la inoficiosidad, tales son la "*portio debita*", ahora "*portio legitima*", que era la medida de la inoficiosidad, cuyo concepto tiene plena relevancia jurídica hoy, y las imputaciones como concepto al servicio de la integración de la "*portio debita*" y luego de la "*portio legitima*", que podían recibirse antes y después de la Novela CXV por diversos títulos (herencia, legado, fideicomiso, donación *mortis causa*, dote y donación *inter vivos*).

La imputación corrige y evita la inoficiosidad. La acción de suplemento de la legitima tiene su reverso en la inoficiosidad, que es la medida de la lesión de la legitima, y se corrige mediante la reducción de la dote, donación o disposición *mortis causa*.

La *querela inofficiosae donationis* y la *querela inofficiosae dotis* son los instrumentos de defensa contra las donaciones y dotes que lesionan la "*portio debita*" y sólo atacan la donación o dote en cuanto basta para la reconstitución de la "*quarta*" (21) o a partir de la Novela XVIII de la legitima.

(21) C. (3,29) 5 (3,29) 7; y (3,29) 8; y respecto de las donaciones y C. (3,30) 1 en cuanto a la dote.

Una vez que la *querela inofficiosi testamenti* no tiene posibilidad de provocar la invalidez total o parcial del testamento, porque la desheredación injusta estaba equiparada a la preterición, la desheredación justa excluía la *querela* y la acción de suplemento de la legítima estaba destinada a conservar la validez del testamento y, en consecuencia, a excluir también la *querela*, y la inoficiosidad ya no es causa de nulidad o anulabilidad del testamento, obtenida por el ejercicio de la *querela*, sino que éste se invalida por la preterición y la desheredación injusta, que excluyen la *querela* como acción subsidiaria o se conserva válido y se corrige la lesión con la acción de suplemento. Al dejar de ser la inoficiosidad la causa de la *querela*, cumple otros fines extraños a ella, principalmente, ser medida de la lesión a efectos de la reducción pertinente y reintegro de la "*portio legitima*" en análogos términos a la *querela inofficiosae donationis vel dotis*.

Con esto pretendemos resaltar dos cosas: Que la *querela inofficiosi testamenti* como acción invalidadora del testamento es incompatible con el nuevo régimen introducido por la Novela CXV, y sin conexión alguna con la preterición, que nunca la tuvo, ni antes de la citada Novela, porque no era ejercitable, si había preterición, ni ahora, porque no es viable su ejercicio, ya que sus dominios fueron repartidos entre la preterición (a la cual se equipara la desheredación injusta) y la acción de suplemento de la legítima. Por tanto, la *querela* nunca tuvo relación con la preterición, salvo en el momento de repararse sus despojos, es decir, de su defunción.

El concepto de inoficiosidad elaborado en aras a la *querela*, muerta ésta jurídicamente, se puso al servicio de la acción de suplemento de la legítima, que es una acción de reducción semejante a la que engendraban las dotes y donaciones inoficiosas. Por tanto, la acción de reducción de las disposiciones inoficiosas o de suplemento de la legítima es la HEREDERA de las *querelae*, pero con signo opuesto a la *inofficiosi testamenti*, ya que su objetivo era y es conservar el testamento, no invalidarlo, como la vieja *querela inofficiosi testamenti*.

La acción de suplemento de la legítima es una acción personal, una acción rescisoria de una disposición (donación, legado, institución de heredero) válida y perfecta, pero que causa lesión a un legitimario.

3. La preterición y la desheredación.

La preterición es el desconocimiento por el causante en su testamento de ese vínculo íntimo que le ligó en vida al legitimario y que se refleja sucesoriamente en la cualidad de heredero. El Derecho romano justiniano decretó la invalidez del testamento donde se exteriorizaba semejante voluntad, aunque ya el Derecho pretorio principió a salvar en parte esa voluntad.

La desheredación injusta es la negación sin razón digna de tutela de ese vínculo íntimo que tiene el reflejo sucesorio referido. El Derecho romano justiniano la equiparó a la preterición.

Es la falta de institución del legitimario, infundada, lo que auna preterición y desheredación.

La desheredación justa es la negación fundada de ese vínculo íntimo y, por tanto, de esa cualidad de heredero. El Derecho romano-justiniano tuteló esa voluntad testamentaria.

...La inoficiosidad es el reconocimiento de ese vínculo erróneamente valorado. El Derecho romano justiniano corrigió esa valoración errónea, respetando la voluntad del testador o donante en todo lo demás, siguiendo en esto la evolución resaltada por BRONDI, del favor de la institución al favor del testamento (22).

Preterición y desheredación injusta tienen su fundamento en la designación imperativa y legal de los parientes íntimos, que debe ser reconocida por el causante con la institución de heredero; desheredación justa en la dispensa de esa ley, e inoficiosidad en el incumplimiento parcial de los deberes de piedad hacia ellos. Si al incumplimiento parcial de estos deberes se une el desconocimiento o la negación del íntimo vínculo parental, prevalece la preterición o la desheredación injusta sobre la inoficiosidad por razones jerárquicas de la ofensa al pariente y a la ley. Es más grave desconocer o negar que reconocer y no cumplir.

Resumiendo, y resaltando la evolución de la preterición y la inoficiosidad en el Derecho romano, diremos:

Que la preterición se explica por la posición jurídica del *suus heres* y del *liber* frente al causante, que potencialmente encierra la cualidad de heredero. En el *suus heres* y en el *liber* late la cualidad de heredero y esta vida latente, que estas posiciones jurídicas encierran, tiene su momento solemne y decisivo a la muerte del causante, quien puede desentenderse de ella, si no hace testamento, en cuyo caso surge con pleno vigor, siendo *suus heres* o *liber* heredero ab intestato o *possessor sine tabulae*, puede reconocerla (institución de heredero) o revocarla (desheredación) en su testamento, pero no puede desconocerla, ignorarla (preterición).

La preterición hasta la Novela CXV tiene su fundamento y explicación en la potencialidad del *suus heres* y del *liber* para ser herederos del causante y la limitación impuesta a éste de reconocerla o revocarla, limitación que no cumple, que infringe, si la desconoce (preterición).

La novela CXV traduce con más fuerza esa potencialidad del legítimo, al exigir al causante el reconocimiento de esa cualidad de heredero (heredero necesario) y no permitirle la revocación a su libre arbitrio, alterando el concepto de preterición que ahora es tanto la omisión o silencio en el testamento del heredero necesario como la revocación arbitraria o injusta de su cualidad de heredero necesario.

La institución y desheredación tuvieron hasta el año 542 como reverso la preterición y su función era limitar la libertad de testar, si el testador cumplía con la institución o desheredación de los *sui heredes* o de los *liberi*, su voluntad tenía plena tutela en cuanto disponía de

(22) Sucesión testamentaria y donación. Traducción española de Fairen. (Manuel), Barcelona, Bosch, 1960, págs. 7 y ss.

su herencia, si incumplía, incurría en preterición y se invalidaba el testamento, surgiendo con plenitud de vida la cualidad de heredero latente en el preterido. Después de la novela CXV la desheredación no alternó con la institución, a menos que fuere justa, y el testador tenía que instituir, de lo contrario incurría en preterición, en la cual quedó absorbida la vieja desheredación; el dilema era institución o preterición, y ésta era por omisión o por desheredación injusta, la justa se conservó al lado de la institución y se la modeló como la ingratitud de la inoficiosidad.

La preterición en los dos momentos del Derecho romano es formal, es no institución o no desheredación del *suus heres* o del *liber* o no institución del descendiente o ascendiente.

4. Imposibilidad de la inoficiosidad total.

La inoficiosidad fue en el Derecho romano desde su nacimiento incumplimiento del deber de piedad del testador hacia los *sui heredes* y los *liberi*, cuyo deber se concretaba en la disposición de una cuota de su patrimonio a favor de ellos en el testamento o por donación *mortis causa* y que más tarde se pudo hacer también por vía de dote, donación *propter nuptias* y donación simple en que así se expresara.

En un principio la inoficiosidad total y la parcial estaban equiparadas y la *querela inofficiosi testamenti* era la tutela de la *portio debita* que actuaba invalidando un testamento perfecto (sin preterición), es decir, rescindiéndolo retroactivamente y sin salvar los legados.

Después se mitigó su rigor cuando el testador se había equivocado en el cálculo de la *portio debita*. Error patente, cuando el testador declaraba que se completase la diferencia entre lo dejado y la *portio debita*, cuyo error excluía la *querela*.

Justiniano el año 528 decreta, que el suplemento de la legítima proceda, aunque no se funde en un error de cálculo y, por tanto, el *suus heres* o el *liber* instituidos o desheredados, a quienes el causante hubiese dejado por vía de institución, legado, dote o donación *inter vivos* o *mortis causa* menos de su *portio legitima*. La nueva *actio ad implendam legitimam*, tiene como función primordial el *favor testamenti*, misión que cumple excluyendo la *querela* y sus efectos destructivos.

La novela CXV conserva la acción de suplemento de la legítima, mas sólo en el caso de que descendiente o ascendiente sean instituidos. Si hay preterición o desheredación injusta, equiparadas en el nuevo régimen y ambas o mejor la preterición, ya que las dos son la misma cosa, excluye la inoficiosidad, como causa de la *querela inofficiosi testamenti* ya que es remedio subsidiario. Si descendientes o ascendientes son instituidos en cosa o cuota inferior a su *portio legitima* y nada pueden imputar a ella por otro título *inter vivos* o *mortis causa*, procede la *actio ad implendam legitimam*, pues el *favor testamenti* sigue presidiendo la evolución.

La inoficiosidad total era una hipótesis de plena viabilidad antes

de la novela CXV, después de ella es impensable tanto mediante una institución de cuota, como *ex re certa*. Respecto de ésta, la cuestión es evidente, la cosa tiene un valor que admite un complemento y no hay inoficiosidad total. En cuanto a aquélla hay que distinguir: si el activo es igual o inferior al pasivo, no hay, *portio legitima*, ni inoficiosidad, y tampoco suplemento, ni de cero ni de algo negativo; si el pasivo es inferior al activo no hay inoficiosidad total, sino una cuota del haber líquido que hay que pagar en bienes herenciales con o sin suplemento (23).

Es pues evidente que la inoficiosidad total después de la novela CXV y mientras el legitimario tenga que ser instituido heredero para impedir la preterición, es impensable (24).

5. Efectos de la preterición.

Los efectos de la desheredación injusta están nítidamente determinados en la novela CXV, cap. III, 14, incisos penúltimo y antepenúltimo y cap. IV, 9, equiparándose en este mismo párrafo, en su inciso final, preterición y desheredación, lo mismo que en el cap. III pr. y en el IV pr., siendo predicable el tratamiento jurídico para la preterición y la desheredación injusta que los citados párrafos 14 y 9.º dictan: no tiene validez alguno el testamento "en cuanto a la institución de herederos", disponiendo que, rescindido el testamento se les den los bienes del difunto a los que *ab intestato* son llamados a la herencia de él, teniendo, por supuesto, su vigor los legados o los fideicomisos, las libertades, los nombramientos de tutores y los demás capítulos.

Se habla de rescindir y de invalidar, aunque en rigor estamos muy cerca de la nulidad de la institución de heredero, si siguiendo a BIONDI (25) vemos en el testamento el molde donde pueden vaciarse una pluralidad de negocios jurídicos y muy lejos de una institución válida, pero que por ser lesiva para los herederos necesarios, es rescindible. Rescisión que en la época de la *querela inofficiosi testamenti* era total y retroactiva, cuyo concepto difiere notoriamente del moderno de la rescisión.

Los efectos de la preterición y de la desheredación injusta se construyen en la novela CXV sobre la huella del Derecho pretorio en la regulación de la *bonorum possessio contra tabulas* y no sobre el molde de la *querela inofficiosi testamenti*, que si bien en el curso de los tiempos conservó la denominación, su función había desaparecido absorbida por la preterición, la desheredación y la acción de suplemento de la legítima.

e) Conclusiones.

Antes de la aparición de la *querela inofficiosi testamenti* esa la-

(23) En los supuestos de que fuese necesario ejercitar la *querela inofficiosae donationis vel dotis*, la inoficiosidad sigue siendo impensable.

(24) Ya veremos si después del Código civil puede hablarse o no de inoficiosidad total.

(25) Ob. cit., págs. 17 y s.

tente posición jurídica de heredero insita en la cualidad de *suus heres* y de *liber* podía extirparla el testador única y exclusivamente con la *exheredatio*, de lo contrario o la reconocía, con la *institutio heredis* o dejaba al arbitrio del *suus heres* o del *liber* su nacimiento, si los pretería, ya que podían impugnar el testamento.

En el régimen de la *querela inofficiosi testamenti* la *exheredatio* no fue por sí sola suficiente para extirpar esa latente posición de heredero insita en la cualidad de *suus heres* y de *liber*, sino que debía de ir acompañada de disposiciones testamentarias a título singular o donaciones *mortis causa* que cubriesen la *portio debita*, en un principio, y una parte de ellas más tarde, aunque también se extirpaba la cualidad latente de heredero, si a la *exheredatio*, se acompañaba una justa causa que dispensara de los deberes de piedad hacia el desheredado. Faltando la *exheredatio* surgía la cualidad de heredero mediante el ejercicio del *ius dicendi nullum*, si no había *institutio heredis*; faltando la atribución de la *portio debita* o de una justa causa que dispensase su atribución, aunque hubiese *exheredatio*, surgía a la *querela* y caído el testamento con su ejercicio, nacía la posición jurídica de heredero en el *liber* o en el *suus heres*, mas nacía como sanción a la inoficiosidad del testado y como estado potencial que irrumpía en actual.

Después de la novela CXV solamente la desheredación justa puede extirpar la posición latente de heredero insita en el descendiente o ascendiente. No existiendo justa causa expresada en el testamento, descendiente o ascendiente serán herederos siempre, bien por institución bien por el ejercicio del *ius dicendi nullum* tanto si habían sido preteridos como desheredados injustamente.

La posición jurídica de heredero latente en los herederos necesarios evoluciona vigorizándose en el curso del tiempo, evolución y vigorización que culmina en el Derecho romano con la novela CXV.

La preterición en su esencia ha tenido en el Derecho romano dos modalidades: hasta la novela CXV, desconocimiento de la cualidad de heredero latente en los *sui heredes* y en los *liberi*, desconocimiento concretado alternativamente en la no institución o en la no desheredación, y después de ella, desconocimiento o negación infundada de la cualidad de heredero latente en los descendientes o ascendientes del testador polarizado en la no institución de heredero.

La preterición es el desconocimiento por el testador de la posición jurídica de heredero latente en el heredero necesario.

La inoficiosidad fue, en principio, la negación total o parcial de los deberes de piedad hacia los parientes íntimos del testador o causante (*portio debita*), y después fue el contenido económico mínimo de la posición jurídica del heredero necesario, o sea, la medida de esos deberes (*portio legitima*).

En la última fase del Derecho romano gran parte de la desheredación, la injusta, emigró a la preterición y la inoficiosidad a ella correlativa se asentó también en la preterición. El resto de la

desheredación, la justa, se nutrió de la dispensa de los deberes de piedad hacia los íntimos parientes y los restos de la inoficiosidad ya habían sido devorados por la acción de suplemento de la legítima, la cual tuvo como base una inoficiosidad parcial, aun en su modalidad extrema, cuando el contenido económico de la institución de heredero era una acción de reducción de donaciones o legados, ya que en estos casos se adquiriría el importe de la reducción por vía de institución de heredero y no *ab intestato*, a diferencia del régimen anterior, donde la inoficiosidad parcial al legitimar, en un principio para la *querela inofficiosi testamenti*, adquirirían los perjudicados *ab intestato* y cuando facultaban sólo para exigir el suplemento de la "*portio legitima*" (desde el año 528 hasta el 542) adquirirían de un modo anómalo, "*c.r. lege*".

B. EVOLUCIÓN LEGAL DE LA PRETERICIÓN Y LA DESHEREDACIÓN EN CASTILLA

Nos hemos detenido especialmente en el período del Derecho romano transcurrido entre los años 528 y 542 en que se promulgan las Constituciones 30 y 31 del título XXVIII del libro III del Código y la Novela CXV, porque son las disposiciones que han conmovido fundamentalmente el régimen legitimario modificando sustancialmente el anterior: y porque han sido recibidas por nuestras Partidas, el Cuerpo legal cuya doctrina ha sido la base de nuestro sistema legitimario.

Hemos resaltado, que la *querela inofficiosi testamenti* ha perdido su función con la aparición de la *actio ad implendam legitimam* y la imposibilidad de la inoficiosidad total ante una imperativa institución del heredero necesario y que de ella nos ha quedado el nombre con otro contenido, con otra función.

Hemos considerado que la Novela CXV es una docena de años posterior al Corpus Iuris Civilis y, por tanto, los textos del Código, del Digesto, sobre todo, y de las Instituciones deben ser entendidos y aplicados en cuanto no se opongan a la misma, en cuanto no la contradiga, en cuanto no sean incompatibles con ella.

a) Las Partidas.

El problema de la preterición y de la desheredación se plantea en nuestro Derecho histórico con la recepción del Derecho romano en el Código de las Siete Partidas promulgado el año 1256. En la época visigótica y durante el período de la Reconquista que discurre hasta el reinado de Alfonso X el Sabio, nuestro sistema legitimario discurre por cauces germánicos (26), cauces que no cierran las Partidas, pero que empiezan a socavar (27).

(26) Véase nuestra obra "La legítima en el Código civil". Gráficas Lux. Oviedo 1964, págs. 32 y ss.

(27) Véase nuestra obra cit., pág. 34.

La preterición y la desheredación pueden existir tanto en un régimen sucesorio de naturaleza germánica, como en un régimen sucesorio de naturaleza romana, mas entre ambos hay una diferencia esencial, que la preterición y la desheredación provocan una delación forzosa, un tercer género sucesorio, que no es ni delación testada ni intestada, en los sistemas germánicos, o una delación intestada, previa anulación total o parcial de la delación testamentaria, en los sistemas romanos. En aquéllos no tienen relevancia jurídica y el testador es desconsiderado plenamente en su última voluntad, disponiendo la ley forzosamente por él; en éstos tienen plena relevancia jurídica y el testador es desconsiderado por la Ley como tal, mas no como hombre, de ahí que se anule la disposición última, pero no dispone la ley por él forzosamente, sino supletoriamente; la Ley impone al testador unos límites, si éste no los cumple, no considera su voluntad, no le concede eficacia jurídica.

Por estas razones no nos detenemos en los influjos germánicos de nuestro Derecho histórico.

Las Partidas han recibido la *actio ad implendam legitimam* (28) pero adaptando la constitución del año 528 a la Novela CXV al referirla al hijo instituido heredero, institución que no era necesaria en el Derecho vigente al promulgarse la Constitución 30 libro III, T. XXVIII del Código y la han recibido en estos términos "Otro si dezimos que dexando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como *heredero*, maguer non le dexasse toda la su patre legitima que deue auer según derecho, por todo esso decimos, que non podrá quebrantar el testamento; mas podria demandar, que aquellos que le menguaua de la su parte que deuia auer, que gelo cumpliessen" (P. 6.^a T. 8.^o L. 5.^o, párrafo 3.^o).

La necesidad de instituir heredero al hijo en su parte legítima y no por medio de mandas, en cuyo caso puede quebrantarse el testamento, sancionada en la novela CXV, cap. III, pr. es recibida también en la L. 5.^a T. VIII P. 6.^a.

En materia de desheredación justa la L. 10 T. VIII P. 6.^a recibe también la doctrina de la novela CXV, cap. III exigiendo la razón cierta por la cual deshereda, nombrando al desheredado y diciendo señaladamente que por aquella razón lo deshereda, ya que de otra manera no valdría el testamento.

Respecto a la desheredación injusta la P. 6.^a T. VIII L. 1.^a admite la querrela para quebrantar el testamento en lo que lo hubiese desheredado al hijo o nieto y la funda en que el testamento es hecho contra el oficio de piedad y de merced que el padre habría de tener con el hijo. En este punto la doctrina recibida es la anterior a la novela CXV y modificada por ésta, modificación recibida en L. 5.^a T. VIII P. 6.^a, en cuanto exigía dejar la legítima a título de herencia y en la equiparación

(28) C. (3,28) 30 pr., y 31.

ración entre desheredación injusta y preterición, que, como veremos, las Partidas son oscuras en este punto.

En materia de preterición la citada Ley 1.^a recibe también el concepto anterior a la Novela CXV (la cual equiparó preterición y desheredación injusta en su Cap. III, pr. y Cap. IV pr.; y 9 inciso final) ya que contrapone la preterición a la no institución y no desheredación y ordena que un testamento donde se omita al heredero, sin instituirle ni desheredarle, “non se quebrantaría; pero non vale nin es nada E porende, pues que non deve valer non se puede quebrantar...”. Y en la L. 10 T. VII P. 6.^a da el mismo concepto de preterición. Aunque la recepción de la doctrina de la novela CXV podría defenderse sosteniendo que la desheredación referida en el concepto de preterición era la justa, no se concilia con los efectos que predica para la preterición, diversos de los predicados para la desheredación injusta, no sólo en la P. 6.^a T. VIII L. 1.^a citada, sino también en la P. 6.^a T. VIII L. 4.^a, que fija un plazo de cinco años para querellarse.

Por otra parte el último inciso de la L. 10 T. VIII P. 6.^a equipara desheredación y preterición cuando el testador hace una u otra sin expresar la causa, aunque ésta exista y pueda el heredero probarla, ya que éste no debe ser oído sobre esta razón, cuya doctrina es armónica con la novela CXV cap. III, pr. que exige “que los padres hayan insertado en su testamento y determinadamente las mismas causas de ingratitud”.

En cuanto a los efectos de la desheredación se concretan en la L. 6.^a T. VIII P. 6.^a en términos muy diversos a los de la *querela inofficiosi testamenti* y muy semejantes a los consagrados en la novela CXV Cap. III, párrafo 14 y Cap. IV párrafo 9, cuando dice “Otrosi dezimos que como quier que el fijo o el nieto, que fuese desheredado, lo quebrantase por alguna de las razones sobredichas, con todo esso las mandas que fueron escritas... non se embarguen nin se desaten por esta razón”.

b) El Ordenamiento de Alcalá.

La necesidad de instituir heredero al legitimario, se puso en entredicho en los siglos XVII y XVIII y no a la promulgación (en el año 1348) del Ordenamiento de Alcalá, cuya única Ley del Título XIX suprimió el requisito de la institución de heredero para la validez del testamento.

c) Las Leyes de Toro.

La Ley XXIV de Toro, quizás para resolver la cuestión que plantea la mejora, cuestión extraña al Derecho romano y a las Partidas, en los casos de preterición y desheredación equipara una y otra en cuanto a los efectos en estos términos: “Cuando el testamento se rompiere o anulare por causa de preterición o exheredación, en el cual oviere mejoría de tercio o quinto, no por eso se rompa y menos deje valer el dicho tercio, o quinto, como si el dicho testamento no se rompiere”. Doctrina plenamente acorde con la citada

novela CXV, si bien como dice LLAMAS Y MOLINA (29), se comprenden los legados bajo el nombre de mejoras de tercio y de quinto.

C. LA PRETERICIÓN, DESHEREDACIÓN E INOFICIOSIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

Se puede afirmar sin exageración, que el régimen romano justinianeo es el vigente en España, desde la recepción del Derecho romano hasta la promulgación del C. c., ya que en materia de preterición y desheredación hubo en nuestro Derecho histórico más que innovaciones interpretaciones y discusiones por copiar las partidas reglas de regímenes sucesorios anteriores e incompatibles; v. g. L. 1 T. 8, P. 6.^a.

Las modificaciones de nuestro primer Cuerpo legal en la materia, tomadas del proyecto de 8 de mayo de 1851, han sido profundas y progresivas.

El C. c. sigue alineado en los regímenes sucesorios romanos (30).

a) Los caracteres de nuestro régimen legitimario son:

1.º No es necesaria la institución de heredero del legitimario, resolviendo el problema del legado como título sucesorio que impide la preterición sin ser desheredación, pero planteando la cuestión de la donación al legitimario. (Artículo 815.)

2.º Preterición y desheredación injusta tienen tratamiento jurídico distinto. (Artículos 814 y 851.)

3.º La desheredación es privación de la cualidad de heredero de un legitimario. El título de legatario y también en algunos casos el de donatario evitan la preterición y son ajenos a la desheredación. (Artículo 851 en relación con el 815.)

4.º El suplemento de la legítima es complemento de un título de heredero, como antes, pero también de un legado y también en algunos casos de una donación. (Artículo 815 en relación con el 814.)

5.º El suplemento de la legítima y la cuota del desheredado se adquieren *ab intestato*, previa reducción de la disposición inoficiosa (artículo 609, 658, 659, 661) y no por un tercer género sucesorio, que sería, sin duda, explicar o justificar la adquisición por ministerio de la ley, o *ex lege* al amparo de los artículos 815 y 851 (31).

6.º La inoficiosidad es la medida de la vulneración de la legítima y de la correlativa e inseparable reducción de la disposición inoficiosa, cuya figura no legitima para la *querela inofficiosi testamenti*, sino para

(29) Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro. Imprenta de Repullés. Madrid 1827. Tomo I, pág. 273.

(30) Véase nuestra ob. cit., págs. 76 y ss.

(31) Véase nuestra ob. cit., págs. 66 y s. y 71 y s., donde se estudia este problema en atención a la profunda crítica de GARCÍA VALDECASAS (Guillermo): La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor R. D. Priv., Nov. de 1963, págs. 968 y ss.

la acción de reducción, cuyo reverso es la acción de suplemento de la legítima (artículos 654 y ss., 815, 817, 820 y ss.) (32).

7.º La inoficiosidad total es un concepto en función de la *querela inofficiosi testamenti*, cuyo valor jurídico álgido lo alcanza con la aparición de la *actio ad implendam legitimam*, fundada en la Ley y no en la voluntad del testador, ya que es la única causa o fuente de la *querela* en el período que va desde el año 528 hasta el 542, a partir del cual, como hemos demostrado, la inoficiosidad total no tiene relevancia jurídica por haberla absorbido la desheredación injusta o la preterición y ser impensable en otro caso, el de institución del heredero necesario. El Código civil no ha resucitado, como veremos, este concepto, estéril tanto para la desheredación injusta, donde lo importante es la desheredación en el testamento y no la inoficiosidad, que incluso puede ser parcial, si hubo donación, como para la preterición, que si no hubo disposición en el testamento, existe, como se induce del artículo 815, que exige dejar algo al legitimario por cualquier título, no mencionarlo simplemente o revocándole el título de lo dejado, de un lado, y el complemento de lo que falte, de otro, y cero o nada, no tienen complemento ni suplemento, sino todo o integridad.

8.º El *favor testamenti* o principio de la conservación del testamento, además de la disposición general del artículo 743, nuestro Código civil consagra tres expresas disposiciones en materia de preterición, inoficiosidad y desheredación injusta en los artículos 814, 815 y 851.

9.º No creemos que el Código civil, aunque literalmente lo diga, haya podido consagrar una herencia sin heredero (artículo 891), lo que es relevante en materia de preterición, porque la *insitutio ex recerta* está cobijada en su espíritu, aunque no en su letra (33).

b) Preterición, deheredación e inoficiosidad total.

Hemos llegado a la conclusión que la esencia de la preterición en el Derecho romano ha sido "el desconocimiento del testador de la posición jurídica de heredero latente en el heredero necesario".

Este desconocimiento tuvo dos variantes fundamentales en el curso histórico de ese Derecho: una, anterior a la Novela CXV, que se manifestaba cuando el testador no instituía ni desheredaba al *suus heres* o al *liber*, y otra, después de dicha novela, cuya sustancia y esencia ha sido recibida y vivida por nuestro Derecho histórico, que se manifestaba cuando el testador no instituía heredero al descendiente o ascendiente sin justa causa.

En una y otra fase, institución y desheredación eran las dos figuras jurídicas que impedían la preterición y la apertura de la

(32) Véase nuestra ob. cit., págs. 140 y ss.

(33) En nuestra obra "La legítima en el Código civil", citada, págs. 122 y siguiente hemos sostenido el criterio contrario de la posibilidad de la herencia sin heredero, que ahora nos ofrece la duda que expresamos en el texto, mas no vamos a plantearla en esta ocasión.

sucesión intestada. El nacimiento de la posición jurídica de heredero que está germinando, que estaba latente en el heredero necesario, lo impedía la desheredación, si bien en la primera fase la desheredación excluyente de la preterición, era aquella expresa, que revocaba el título de heredero, que extirpaba esa cualidad del heredero necesario, y en la segunda, la desheredación excluyente era también expresa, mas la revocación de la cualidad de heredero única y exclusivamente era válida, si se fundaba en una justa causa; es decir, que sólo la desheredación que era justa impedía la preterición; la injusta, no; la revocación sin justa causa era ineficaz y no impedía la preterición.

En el Derecho romano la preterición evolucionó, ampliándose a expensas de la desheredación, incluyendo en su contenido la desheredación injusta (34).

En el Código civil, el concepto de preterición se restringe, no sólo con relación al de la Novela CXV, que es el de nuestro Derecho histórico, sino también respecto al Derecho romano anterior.

Al deslindar nuestro primer Cuerpo legal la preterición de la desheredación, regulando aquélla en los artículos 814 y 815 (35), y ésta en los artículos 848 y ss., destacándose entre ellos el artículo 851, relativo a la desheredación injusta, que es institución diversa de la preterición.

Por esto último, nuestro C. c. vuelve al sistema romano anterior a la Novela CXV, para el cual la desheredación, sea o no justa, excluye siempre la preterición, separándose de nuestro Derecho histórico.

Pero no es ésta la única restricción que impone al ámbito de la preterición; hay otra limitación nueva en nuestro Derecho, que tiene su consagración en el artículo 815, y consiste en la posibilidad de impedirse la preterición, no sólo con la desheredación y la institución, sino también a título de legado y con ciertas restricciones, como veremos, a título de donación *inter vivos*, ya que la *mortis causa* está excluida, según la interpretación que nos parece más segura.

“El heredero forzoso a quien el TESTADOR HAYA DEJADO POR CUALQUIER TÍTULO MENOS de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma.” (Art. 815.)

Sin la frase “por cualquier título”, quizás la interpretación de nuestro C. c. nos llevase al concepto de preterición propio del Derecho romano anterior a la Novela CXV y posterior a la promulgación en el año 538 de las constituciones que consagran la *actio ad suppleendam legitimam*, es decir, que la preterición comprendería todos los

(34) Si la causa no se expresaba en el testamento, aunque existiese y se probase, había desheredación injusta, o sea, preterición (Nov. CXV cap. III pr. y cap. IV pr. y L. 10 T. VIII P. 6.*).

(35) El artículo 815, como hemos sostenido en nuestra monografía citada, página 103, es esencial para fijar el concepto de preterición en el C. c.

casos en que el legitimario no fuese instituido ni desheredado justa o injustamente. La expresión herederos forzosos sería acorde con su concepto y la legítima del viudo y de los hijos naturales una excepción a la cualidad de heredero de los legitimarios.

Si suprimimos la citada frase del artículo 815, la preterición vendría definida en el artículo 814 y limitada en los artículos 848 y ss., especialmente en el 851.

Reducida la actuación de la *querela inofficiosi testamenti* en un primer periodo, que va desde la constitución de Constancio, el año 361, hasta las de Justiniano, el año 528, a la inoficiosidad parcial prevista por el testador, reducida en el segundo, que va desde el año 528 hasta el año 542, en que se promulgó la Novela CXV, a la inoficiosidad total en el caso de desheredación injusta, y desaparecida la *querela* en el último periodo, después de dicha novela, siendo imposible su actuación fundada en una inoficiosidad total, porque la desheredación injusta estaba embebida en la preterición y la institución impedía la inoficiosidad total, el concepto de inoficiosidad total quedó sin contenido y fue estéril.

El concepto de inoficiosidad total no fue recibido en nuestro Derecho histórico, ni tuvo vigencia; mas el régimen de nuestro Código civil se encuentra muy próximo real o aparentemente al segundo periodo del Derecho romano, en que la inoficiosidad total es la única causa de la *querela*.

Entendemos que esta proximidad es real si el Código civil ha resucitado el concepto de inoficiosidad total del Derecho romano anterior a la Novela CXV, no recibido en nuestro Derecho histórico, o que esta proximidad es aparente, si el Código civil considera que la inoficiosidad total es imposible, no porque la institución de heredero o la desheredación justa la impidan, ya que en defecto de aquella o de ésta hay preterición, como ocurría en nuestro Derecho histórico inspirado en la Novela CXV, sino porque ahora la impiden, además, el legado y en algunos casos la donación, como equivalentes funcionales de la institución de heredero del legitimario, que implican el reconocimiento por el testador de su posición jurídica, que extirpa su latente cualidad de heredero intestado, y en defecto de ellos, como veremos, hay desheredación injusta o preterición, figuras que hacen superflua la inoficiosidad total, la cual no existe o encuentra una tutela más enérgica en la preterición o en la desheredación injusta, que hacen irrelevante la referida inoficiosidad total.

El Código civil no ha vuelto sobre el concepto de inoficiosidad total, según creemos; mas para ello es preciso fijar el concepto de preterición y previamente el de desheredación.

1) La desheredación.

En materia de desheredación, el concepto ha sido siempre revocación de cualidad de heredero latente en el legitimario.

La desheredación principió por impedir no sólo la preterición, sino cualquier ataque al testamento de parte de los *sui heredes* y de

los *liberi*; más tarde evitó solamente la preterición, pero no el ataque al estamento si éste era inoficioso, bastando la inoficiosidad parcial, en un principio, y exigiéndose la total cuando se consagró la *actio ad supplendam legitimam* (36), y, por último, fue preterición, si la desheredación no era justa e independientemente de la inoficiosidad (37), es decir, aunque los deberes de piedad se hubiesen cumplido íntegra o parcialmente con legados, había preterición.

El fenómeno ocurrido en esta última fase, la de la Novela CXV, ha sido repetidamente explicado por nosotros: equiparada la desheredación injusta a la preterición, el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de piedad no tenía relevancia jurídica, ya que tenía una tutela más enérgica en la preterición, lo que hacía superflua la *querela inofficiosi testamenti*, y otra específica en la *actio ad supplendam legitimam*.

En el Derecho romano anterior a la Novela CXV y posterior a la aparición de la *querela*, la desheredación era incompatible con la institución, pero no con el legado; institución y desheredación excluían la preterición y el legado la *querela* cuando la inoficiosidad parcial dejó de ser causa de ésta. En el Derecho romano posterior a la citada Novela, la desheredación era también incompatible con la institución, pero sólo la desheredación justa y la institución excluían la preterición; pero la desheredación injusta y el legado no excluyen la preterición, y al haber preterición, a pesar de la desheredación, no procede la *querela*, que era remedio subsidiario.

En el Código civil la institución y la desheredación, sea ésta justa o injusta, son incompatibles y excluyen la preterición como en el régimen romano anterior a la Novela CXV, pero el legado no excluye ahora la *querela*, sino la preterición, lo que le distingue del Derecho romano y está de acuerdo con el artículo 815.

Creemos que este razonamiento nos lleva a una solución importante y que destaca la diferencia entre el régimen de nuestro C. c. en materia de legado hecho a un legitimario y el régimen romano anterior a la Novela tantas veces citada, y es que en el Derecho romano cuando la inoficiosidad parcial quedó tutelada por la *actio ad supplendam legitimam* y no por la *querela inofficiosi testamenti*, el legado coadyuvaba a la desheredación haciendo inatacable el testamento, ayuda innecesaria en caso de institución del legitimario, mientras que en el Código civil el legado no exige una previa desheredación y limita o reduce el ámbito de la preterición en el sentido de excluirla, aunque no haya institución ni desheredación. Por esto nos parece claro que el legado a favor del legitimario tiene una función negativa de la pre-

(36) La institución impidió siempre la inoficiosidad total, pero, antes de introducirse la *actio ad implendam legitimam* el testamento podía ser atacado por la *querela*, a pesar de la institución, si había inoficiosidad parcial.

(37) No había inoficiosidad en caso de ingratitud, porque está eximia de los deberes de piedad hacia los más íntimos parientes.

terición en el mismo plano que la institución y la desheredación y con un valor jurídico o función positiva en materia de legítimas semejante a la institución y diversa de la desheredación, pero así como la institución es incompatible con la desheredación, el legado es compatible con la institución (prelegado) y también con la desheredación, lo mismo que en el Derecho romano, aunque, a diferencia de este Derecho, el legado es incompatible con la preterición.

Por tanto, el concepto de desheredación de nuestro C. c. es el romano anterior a la Novela CXV: negación a un legitimario de su cualidad de heredero y, si distinguimos la negación de un hecho de su desconocimiento, tenemos que aceptar que la desheredación es la privación expresa a un legitimario de su cualidad de heredero (38).

La desheredación es incompatible con la institución y compatible con el legado, que desempeña en materia de preterición una función equivalente a la institución de heredero, que es un subrogado de la misma a los efectos impeditivos de la preterición. Son compatibles legado y desheredación porque aquél es una disposición impeditiva de la preterición, mas no es un reconocimiento de la cualidad de heredero, lo que sería incompatible con la desheredación, que es la negación de esa cualidad de heredero latente en el legitimario.

La tutela de la inoficiosidad total o parcial, en caso de desheredación justa, es inaceptable en el régimen legitimario de nuestro Código civil, porque precisamente la justa causa de desheredación expresada en el testamento exime legalmente del cumplimiento de los deberes de piedad hacia los legitimarios y, por tanto, no hay inoficiosidad.

En caso de desheredación injusta, la inoficiosidad, sea total o parcial, no tiene relevancia jurídica en nuestro Código civil, el cual tutela la desheredación injusta anulando "la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado" (artículo 851), cuya tutela hace superflua la de la inoficiosidad (39).

Si la inoficiosidad está embebida en la institución de heredero, ésta se anula en cuota igual a la legítima del desheredado. Anulada la institución parcialmente, se abre la sucesión intestada en cuanto a ella y serán declarados herederos el legitimario desheredado, si es único, o todos los legitimarios, incluso los instituidos y los que sean legatarios y por vía de imputación en la partición se adjudicará al legitimario desheredado bienes suficientes para cubrir su legítima, con-

(38) La institución es el reconocimiento de cualidad de heredero latente en el legitimario y el legado un subrogado de ese reconocimiento limitado al efecto impeditivo de la preterición, por esto la desheredación no es incompatible con el legado hecho al legitimario, como ocurría en Roma, aunque allí desheredación y legado tenían misiones diversas; aquella impeditiva de la preterición, el legado ajena a ella y enervadora de la inoficiosidad.

(39) Si la inoficiosidad no reside en la institución sino en legados o donaciones, deberá exigir la reducción de los mismos y su declaración de heredero intestato, que será el título adquisitivo de la reducción.

forme a los artículos 1.075, 1.061 y 1.062, en relación estos últimos con la partición hecha por el contador testamentario o judicial.

Si la inoficiosidad es parcial, por existir donaciones, la solución es idéntica, pero el desheredado imputará a su cuota las donaciones y el resto lo recibirá en bienes herenciales.

Si hay desheredación injusta y no hay inoficiosidad, por cubrir las donaciones la cuota del desheredado, no juega el artículo 851, ya que no hay necesidad de anular parcialmente la institución, porque ésta no perjudica al desheredado, tampoco hacerle heredero intestado, porque, de un lado, no procede la apertura, ya que no hay bienes que adjudicar (artículos 764 y 912, 2.º), y de otro, el artículo 815 ha negado al legitimario el honor del título de heredero (40).

Hasta aquí nos hemos limitado a fijar el concepto de desheredación en nuestro C. c., resaltando estas notas: Es la negación de la cualidad de heredero a un legitimario. Es incompatible con la institución de heredero, tanto si es justa como si es injusta. Es compatible con las donaciones al desheredado. Es también compatible con los legados (41). No es preterición, ni aun la injusta.

El cambio introducido por C. c. en materia de desheredación ha sido éste: la desheredación injusta no es preterición y, a diferencia de ésta, anula la institución de heredero en cuanto perjudica al desheredado, mientras que la preterición la anula totalmente. El legado imputable a la legítima del legitimario es extraño a la desheredación, es ajeno a ella.

2) La preterición y el artículo 815.

Hasta ahora sabemos que la desheredación, sea justa o injusta, es distinta de la preterición y es, además, incompatible con ella en nuestro C. c. La distinción tiene su base legal en el cotejo de los artículos 814 y 848 y ss., que predicán distintos efectos jurídicos para una y otra: nulidad de la institución en la preterición (artículo 814), nulidad parcial en la desheredación injusta (artículo 851)

(40) Este problema, que no hemos visto planteado, sirve para fijar si hay o no preterición en caso de donación a un legitimario imputable a su legítima y en qué supuestos. Es un problema de zona límite, en ningún caso procede la acción de complemento, en caso de la desheredación y prevalece ésta, a pesar del 815 y la donación porque el supuesto del hecho de este artículo es de preterición, no de desheredación. No existiendo preterición, sino desheredación y no habiendo inoficiosidad a causa de las donaciones, el artículo 851 no puede entrar en juego, no hay nada que anular en aras a la legítima del desheredado. Si hubiese preterición, como su efecto no se mide, como veremos, por la legítima, sino por la nulidad de la institución, que las donaciones la cubran o no, no tiene relevancia jurídica.

(41) Creemos que la compatibilidad con los legados, aunque parezca extraña, no lo es. En el caso de la desheredación justa el testador puede querer condonar una deuda del desheredado (legado de perdón o liberación) o darle una cosa, pero no quiere que sea su heredero abintestato ni aun que pueda exigir el suplemento de su legítima. En el caso de la injusta, la cuestión es más chocante, pero no imposible y pueden existir las razones dadas para la justa, aunque no podría impedir la satisfacción de su legítima al amparo del 851.

y validez de la institución oficiosidad de la misma y de las demás disposiciones testamentarias y exclusión del desheredado como heredero abintestato en la desheredación justa (artículo 813, en relación con los artículos 848 y ss.).

Pero el concepto de preterición no podemos buscarlo únicamente en el artículo 814; este concepto hay que inducirlo del articulado relativo a la desheredación, de un lado, como ya hicimos, y de otro, del artículo referente a la acción de suplemento de la legítima, que es como hemos afirmado en otra ocasión (42), una acción de reducción de disposiciones inoficiosas, donaciones (artículos 654 y ss.), instituciones de herederos y legados (artículos 818, 820 y ss.), y este artículo es el 815.

La función del suplemento de la legítima ha sido impedir la *querela inofficiosi testamenti* en aras al principio de conservación del testamento (*favor testamenti*).

Esta misión se consagra en el artículo 815 del C. c., el cual, si quiere dársele un sentido idealmente romano, no admite otra interpretación que entender la acción de suplemento de la legítima, como la medida de la lesión de ésta, cuyo reverso es la acción de reducción de la disposición inoficiosa y no ver en el artículo 815 una adquisición *ex lege* (lo que contraría al sistema legitimario romano ideal, ya que sería un modo de adquirir autónomo, es decir, que no se adquiriría por testamento ni abintestato), sino una acción de reducción, cuyo título adquisitivo sería el de heredero intestado del legitimario lesionado.

Si en el artículo 815 queremos ver la consagración de la acción de suplemento de la legítima, nos desviamos del arquetipo de un ideal y puro sistema legitimario romano. Obsérvese que el artículo 817 legítima a los legitimarios para ejercitar la acción de reducción de las disposiciones testamentarias inoficiosas, y el artículo 655 los legítima para la reducción de las donaciones inoficiosas; si en el artículo 815 vemos una acción de suplemento de la legítima, tendríamos que verla como una acción no evolucionada desde el año 528 y retrógrada con relación al año 542, en que el legitimario, al tener que ser instituido heredero, tenía en su institución, normalmente, título para adquirir el suplemento o reducción, mientras que en el C. c., pudiendo ser el legitimario un legatario, no tendría otro título adquisitivo del suplemento, en este caso, que la ley referida en el artículo 609 genéricamente como título adquisitivo y concretada, entre otros casos, en el artículo 815, y no hay duda que esta interpretación nos desvía de un sistema legitimario romano puro.

Ahora bien, si en el artículo 815 vemos, no el modo de adquirir el suplemento, sino una exclusión de la preterición, que en el fondo no fue otra cosa la esencia y la función de la *actio ad implendam legitimam*, tenemos dos consecuencias importantes: una, que no nos

(42) Véase nuestra ob. cit., págs. 140 y ss.

desviamos del ideal sistema legitimario romano o de limitación de la libertad de testar y no incurrimos en la creación de un tercer género sucesorio (la sucesión forzosa) para dar título adquisitivo al legitimario de lo reducido, si fuese un legatario. El legitimario adquiriría como heredero testamentario, si su cuota hereditaria no está fijada rigidamente en el testamento, o como heredero intestado en los demás casos, o sea, cuando su cuota como heredero testamentario no admita el acrecimiento, aunque sí los legados caducados y cuando sea legatario o, en su caso, donatario. Otra, que el verdadero sentido del artículo 815 no puede ser la inoficiosidad, regulada explícita y específicamente en los artículos 654 y ss. y 817 y concordantes, sino la preterición.

En el Derecho romano la inoficiosidad total o parcial, entendida como incumplimiento de los deberes de piedad, discurre en un principio al margen de la preterición y tiene su tutela en la *querela inofficiosi testamenti*. Aparecida la *actio ad supplendam legitimam* en el año 528 (42 bis), la inoficiosidad parcial queda al margen de la *querela* y el suplemento se pide con dicha acción.

Este último período es el más afín a nuestro Código civil. La *querela* no procede en caso de inoficiosidad parcial, sino la acción de suplemento, lo mismo que en el C. c., y no hay preterición, aunque el legitimario no sea instituido heredero, sino inoficiosidad parcial, lo mismo también que en el C. c. Mas, como decimos, hay afinidad de régimen y no identidad. Las diferencias se centran: en el Derecho romano, el legado inferior a la *portio legitima* exige la previa desheredación, y si no hay *exhereditatio*, hay preterición, a pesar del legado. En el C. c. basta el legado para impedir la preterición.

En el Derecho romano, habiendo desheredación, no hay preterición ni inoficiosidad total, si hubo donación inter vivos o mortis causa, mas puede haber inoficiosidad total y jugar la *querela*, si no hubo donación. En el C. c., si hay desheredación, nunca hay preterición, haya habido o no donación inter vivos (la mortis causa no la creemos viable), la inoficiosidad total o parcial no tiene relevancia jurídica, pues en ambos casos prevalece la desheredación por ser tutela jurídica más enérgica, o quizás mejor específica, y juega el artículo 851 con su nulidad parcial de la institución en cuanto perjudica al desheredado y no la acción de suplemento referida el artículo 815, en caso de donaciones imputables a la legitima del desheredado.

En el Derecho romano, si hubo desheredación y justa causa que exima el testador del cumplimiento de sus deberes de piedad hacia sus más íntimos parientes, no hay preterición, ni inoficiosidad. En el

(42 bis) En rigor, la constitución de Constancio del año 361 por la cual el testador podía prever la rectificación de su error en el cálculo de la *portio debita* y ordenar al heredero que entregara la diferencia al *suis heres* o al *liber* perjudicado, implicaba más bien un legado condicional que una acción de suplemento propia, como sostuvimos ya en nuestra ob. cit. pág. 16.

C. c. hay justa causa de desheredación, no hay preterición, y el testamento es plenamente válido.

En el Derecho romano, si no hubo desheredación ni institución y se hizo una donación, hay preterición y no procede la *querela* ni la *actio ad implendam legitimam*. En el C. c. si no hubo institución, desheredación ni legado a favor del legitimario y sí donación entre vivos, no hay preterición, si la donación se reconoció en el testamento como imputable a la legítima del donatario, y hay preterición, en otro caso, mas esto será objeto de análisis más adelante.

En síntesis, en el Derecho romano y en el período comprendido entre los años 528 y 542, la institución y la desheredación del legitimario evitan siempre la preterición, lo mismo que en el C. c.; pero en éste también la impiden el legado a favor del legitimario y la donación reconocida en el testamento e imputable a la legítima del donatario; mientras que en el Derecho romano, el legado y la donación, si no van precedidas o acompañadas de la desheredación (43) no impiden la preterición. En el C. c. se distingue la desheredación en justa e injusta, distinción irrelevante en dicho período del Derecho romano. En el Derecho romano la inoficiosidad total precedida de desheredación o es irrelevante, si hubo causa de ingratitud, o es causa de la *querela inofficiosi testamenti*; mientras que en el C. c. la inoficiosidad total o no es tal, si hubo justa causa de desheredación, o es desheredación injusta, si no la hubo, o preterición, porque nada ha recibido el legitimario y no siendo viable la acción de suplemento para completar la legítima, porque este supuesto es marginal al artículo 815 (el heredero forzoso no ha recibido "por cualquier título menos de la legítima que le corresponda" sino que no ha recibido nada (44) en concepto de legítima) al 851 y a los artículos 848 y concordantes e incide en el supuesto de hecho del artículo 814.

Cierto que en los casos de desheredación injusta y preterición, si no hubo donación o donaciones imputables a la legítima del preterido o desheredado hay inoficiosidad total, pero esta es irrelevante, porque la tutela del legitimario por vía de desheredación o preterición es prevalente a la tutela de la inoficiosidad, no sólo porque es más enérgica en el caso de preterición y remedio específico en ambos supuestos, sino también porque la inoficiosidad total, que es negación o desconocimiento pleno de la legítima, no tiene medio jurídico de actuarse en nuestro C. c., si la sucesión forzosa no es un tercer género sucesorio del mismo (45).

(43) En el caso de institución del legatario (prelegatario) o del donatario, no hay en el C. c. preterición y tampoco la había en el Derecho romano.

(44) Bien porque el testamento no contiene título alguno (falta de mención del legitimario o mención del mismo, sin hacerle titular, es decir, sin nexo entre el sujeto y el objeto, ya que éste falta), bien porque conteniéndolo se rompió el nexo entre el sujeto y el objeto por destrucción o enajenación de éste y no es titular de nada el legitimario, ya que falta el objeto.

(45) Véase nuestra ob. cit. págs. 41 y ss., 53 y ss., 82 y ss., donde planteamos la cuestión de la sucesión forzosa.

En esta fase de Derecho romano la preterición hacía irrelevante la figura de la inoficiosidad total a efectos del ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*, que era acción subsidiaria. En el C. c. la preterición hace irrelevante la inoficiosidad total, irrelevancia que ocurre también en la desheredación injusta, porque son tutelas expresas y específicas. Incluso, aunque la inoficiosidad fuese parcial a causa de donaciones, no tiene relevancia alguna para enervar la preterición o desheredación injusta, sin perjuicio de las imputaciones procedentes de las donaciones para cubrir la cuota abintestato del desheredado. De ahí la diferencia con el Derecho romano, donde la inoficiosidad total en caso de desheredación, si el desheredado no había sido ingrato al testador, legitimaba para el ejercicio de la *querela*.

Equiparada en la novela CXV la desheredación injusta a la preterición y transformadas las causas de ingratitud que eximían de los deberes de piedad hacia los íntimos parientes haciendo oficioso el testamento en justas y específicas causas de desheredación, excluyentes de la preterición, la inoficiosidad total sólo podía existir en caso de preterición propia o simple o preterición por desheredación injusta y la tutela del legitimario por preterición excluyó la *querela* fundada en la inoficiosidad total; así acontece hoy en el C. c. para el cual tanto la preterición como la desheredación injusta hacen irrelevante y superfluo el concepto de inoficiosidad total.

La *actio ad suppleendam legitimam* en el período comprendido entre los años 528 y 542, encerraba la *querela inofficiosi testamenti* tanto en los casos de institución del legitimario en cosa o cuota inferior a su *portio legitima*, como en los de desheredación, con legado, donación *inter-vivos* o *mortis causa* a favor del desheredado inferiores a su *portio legitima*; pero después de la novela CXV, el ámbito de la *actio ad suppleendam legitimam* quedó restringido al primer supuesto, es decir, a la institución del legitimario en cosa o cuota inferior a su legítima. En la hipótesis de legado o donación hechos al legitimario sin institución, bien pretiriéndole, bien desheredándole injustamente, su tutela no actuó ni por medio de la *actio ad suppleendam legitimam* ni por medio de la *querela*, sino por vía de preterición.

El C. c. volvió a ampliar el ámbito de la acción de suplemento de la legítima al extender su actuación a los casos de legado inferior a la legítima y también, como vamos a ver, a los de donaciones imputables a la legítima reconocidas por el testador, pero no resucitó ni se sirvió del concepto de inoficiosidad total, que es consecuencia de preterición o desheredación.

El artículo 815 faculta al legitimario para exigir el complemento de su legítima, si *el testador por cualquier título le dejó menos de ella*. Pero el artículo 815 no dice cómo puede el legitimario pedir o exigir el complemento o suplemento de su legítima. La doctrina está de acuerdo en que no está facultado el legitimario para anular la institución de heredero, ya que el supuesto de hecho del artículo 815 excluye rotundamente la preterición regulada en el artículo 814. La

doctrina está de acuerdo que en caso de institución de heredero del legitimario en cosa o cuota inferior a su legítima procede el suplemento de la legítima y juega el artículo 815 y no el 814 y también en el supuesto de legado hecho al legitimario e imputable a su legítima total o parcialmente e inferior a la misma.

3) La preterición y la imputación.

La doctrina no se plantea el problema de si es supuesto de hecho del artículo 814 o lo es del 815 el legado imputable a la cuota libre hecho al legitimario o el imputable al tercio de mejora y si se lo plantea entiende que están comprendidos ambos casos en el artículo 815.

La doctrina discute si la donación hecha al legitimario es supuesto de hecho del artículo 814, es decir, de preterición o es hipótesis del artículo 815, o sea de suplemento de legítima y no distingue, si la donación es colacionable o no, si es imputable a la cuota libre, al tercio de mejora o a la legítima del donatario.

La imputación es una figura jurídica inexcusable en un sistema legitimario, no sólo cuando en el reparto del *donatum* y *relictum* del causante o solamente de la herencia, concurren legitimarios y extraños, sino también, cuando concurriendo legitimarios solamente hubo donaciones y legados.

La imputación es la atribución de una donación, de un legado o de un bien herencial a la cuota libre, al tercio de mejora o a la legítima.

La imputación en los legados de cosa o cantidad y en las donaciones principia en el acto de otorgarlos y se fija en la partición; mientras que en las instituciones de herederos se fija en la partición, y en los legados parciarios puede decidirse al otorgarse el legado o fijarse en la partición.

La institución de heredero impide siempre la preterición, porque es extraña a ella la imputación.

La imputación es inexcusable en la donación y en el legado no parciario.

La imputación puede ser un medio de concreción del legado parciario, que se completa en la partición al adjudicarse bienes herenciales.

a') La imputación de los legados hechos a un legitimario.

Si no se imputa, impide la preterición, por razón del *favor testamenti*, cuyo principio está recogido en el artículo 743, que exige imputarlo a la legítima del legatario.

Si se imputa a la legítima total o parcialmente, también se impide la preterición.

Si se imputa a la cuota libre y no la cubre, hay preterición, ya que no puede entrar en juego el artículo 815, pues no hay base para un suplemento de la legítima, ya que el legitimario tiene que reclamarla íntegramente y el concepto de inoficiosidad total es extraño a nuestro C. c., ya que no hay otro medio de actuarlo que reconociendo en la legítima un tercer género sucesorio. De ahí, que sea la preterición

el medio adecuado para cumplir con la prohibición especial de disponer que implica la legítima en cuanto al testador y con el medio de tutela del legitimario para que se le atribuya, como mínimo dicha cuota abintestato. Por otra parte el complemento de cero es absurdo, ya que es todo y no complemento (46).

Si el legado no puede imputarse íntegramente a la cuota libre, el exceso se imputa a la legítima y juega el artículo 815, no habiendo preterición (47).

Si el legado se imputa al tercio de mejora, como la mejora sólo es legítima frente a extraños, no entre descendientes, respecto de los cuales sólo es legítima cuando deja de ser mejora, y como en este caso es mejora y no es legítima, hay preterición, ya que no hay suplemento de cero y no puede jugar el artículo 815 (48).

Si el legado imputado al tercio de mejora excede de éste, el exceso se imputa a la legítima, conforme al artículo 829 y no hay preterición, sino que estamos en un supuesto de hecho del artículo 815 (49).

La tutela del legitimario por preterición, en caso de legado se apoya: 1.º En la inviabilidad de la figura de la inoficiosidad total en nuestro C. c., que por otra parte pugna con un legado, que no es imputable a la legítima del legatario por expresa voluntad del causante. 2.º En que el *favor testamenti* contrariaría abiertamente la voluntad del testador al ser necesario alterar la imputación contra lo expresamente dispuesto por él. 3.º En que el suplemento que evita la preterición, es el de la diferencia entre la "portio legítima" del legatario y la cosa o cuota (en caso de legado parciario) atribuida a la misma y no entre la legítima y el legado que directamente no guardan relación, ya que aquélla es una limitación a la libertad de testar, algo negativo, y éste es un título adquisitivo mortis causa, algo positivo. Legítima y legado se comunican subterráneamente en el túnel abierto por la imputación. 4.º En que superada la negación de la preterición en la institución o en la desheredación, fundida la inoficiosidad total en la desheredación injusta y en la preterición y concretada la inoficiosidad parcial en el suplemento de la legítima, como diferencia entre lo debido al legitimario y lo recibido por éste, no cabe el complemento de cero ni con ello el suplemento de la legítima sin disposición a ella imputable, ya que la legítima en caso de vulnerarse sólo puede actuarse en el legitimario, anulando la institución total (preterición) o parcialmente (desheredación injusta) o reduciendo la disposición inoficiosa (donación, institución o legado) a fin de que lo dispuesto por el testador o donante contrariando la legítima sea ad-

(46) En contra, VALLET DE GOYTISOLO: "El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles". A. D. C., t. XX, fasc. I y separata, pág. 37.

(47) Véase nuestra ob. cit., págs. 183 in fine y s.

(48) En contra, VALLET DE GOYTISOLO, ob. y lug. cit.

(49) Véase nuestra ob. cit., págs. 184 y s., para este caso y para el anterior.

quirido por el legitimario abintestato y no como heredero forzoso y en virtud de un tercer género sucesorio, que no está reconocido como modo de adquirir mortis causa los derechos reales en el artículo 609 del C. c., ni los créditos en el artículo 1.257, entre otros.

Si en los casos de legados no imputables a la legítima del legatario por expresa disposición del testador, ha recibido el legitimario donaciones imputables a ella, ¿hay o no preterición? Podría argumentarse negativamente, porque hay reconocimiento por el testador, en el testamento claro es, del legitimario con el legado y suplemento de la legítima, porque ha recibido una parte de ella con la donación. La imputación de ésta admite suplemento y el legado impide la preterición. Pero, ¿es el legado reconocimiento?

Aunque éste es para nosotros un caso límite, hay preterición, porque no hay nexo entre legado y donación, sino una suma aritmética que no impide la preterición por falta de articulación en el mismo título. La donación no la impide, porque no la reconoce el testador, que es quien puede reconocerla y no el donante y el legado lo hace el testador pero no es imputable a la legítima. Estamos en ambos casos fuera del artículo 815. Y así lo veremos cuando lo examinemos más detenida y aisladamente.

Esta tesis de la preterición a pesar del legado a favor del legitimario, es un poco absurda, si se piensa en el caso extraño de que el testador disponga de un legado a favor del legitimario ordenando que lo impute a la cuota libre y nada disponga en pago de su legítima, mas si se piensa en la hipótesis de dos legados, uno imputado a la cuota libre y otro en pago de la legítima y el testador revoca este último en un testamento posterior o en virtud de destrucción, transformación o enajenación de la cosa legada (50) queda sin efecto; la preterición como solución es quizás la más justa, tanto si la cosa legada en pago de la legítima excede con mucho del valor de ésta como si es igual o inferior a ella, pues en todos los casos lo único claro de la voluntad del testador respecto al legitimario, es que el legado no se impute a su legítima y lo único claro en la ley es que ésta debe ser recibida por el legitimario a título de herencia testada o intestada.

b') La donación a favor de un legitimario.

La cuestión es más compleja que en legado, porque al problema de la imputación indispensable para que actúe o no el artículo 815, se une el que el propio artículo plantea al usar la palabra testador, la frase "*cualquier título*", en relación con los artículos 819, 825 y 1.036 que imputan las donaciones a la legítima y, por tanto, el donatario legitimario ha recibido una cosa o varias del causante imputables a ellas, lo que en principio le sitúan en el caso de exigir un suplemento y no toda la legítima.

La esencia de la preterición ha residido en el desconocimiento por

(50) Sobre el artículo 869, en relación con la legítima, insistiremos más adelante.

el testador de sus legitimarios como herederos en potencia no en acto. La de la inoficiosidad en el incumplimiento total o parcial de los deberes de piedad para con los legitimarios, concretados en cosas donadas o en cosas o cuotas de la herencia equivalentes a una fracción de ésta.

La inoficiosidad total después de la novela CXV quedó absorbida en la preterición, sea simple o propia o sea desheredación injusta, siendo imposible sin preterición. La inoficiosidad parcial o era preterición o se remediaba con la *actio ad supplendam legitimam*, habiendo sido desterrada en todos los casos la *querrela inofficiosi testamenti*, que había nacido como única y exclusiva tutela de la inoficiosidad.

En el Derecho romano la donación no impidió ni afectó nunca a la preterición, tanto cuando la institución o la desheredación la impedían, como cuando sola la institución y la desheredación justa la evitaban. La donación afectaba a la inoficiosidad, impidiendo la *querrela* cuando cubría la *portio debita*; más tarde, después del año 528, aun cuando no la cubriese, por el juego de la *actio ad implemdam legitimam*; y finalmente después de la novela CXV podía evitar esta acción o reducir la cuantía del suplemento, mas siempre que el donatario fuese heredero, en otro caso había preterición.

En el C. c. la cuestión de la donación presenta afinidades y divergencias con el Derecho romano.

Se reduce el campo de la preterición excluyéndose de él, no sólo la desheredación justa e injusta, sino también el legado u otra disposición imputable a la legítima.

La inoficiosidad total no tiene relevancia jurídica en los casos de desheredación injusta y preterición, ya que se transmutó a una y otra.

La inoficiosidad total no es tal en caso de desheredación justa y también carece de relevancia jurídica.

La inoficiosidad parcial, en caso de disposición singular no imputable a la legítima, no es inoficiosidad parcial, sino total, porque la inoficiosidad es concepto inseparable de la legítima y hay preterición, ya que no cabe la acción de suplemento de la legítima, sino la atribución abintestato de toda la legítima como mínimo y esto sólo puede lograrse por vía de preterición.

La inoficiosidad propia se resuelve en el suplemento de la legítima en caso de institución de heredero o de legado a favor del legitimario, mas en el caso de donación caben teóricamente dos vías, la preterición y el suplemento de la legítima. Si procede una u otra o si procede unas veces una y otras otra, es cuestión de interpretación del artículo 815 en relación con el 819, 825 y 1.036 que pasamos a examinar.

“El heredero forzoso a quien el *testador* haya dejado *por cualquier título* menos de la legítima que le corresponda podrá pedir el complemento de la misma.” (Art. 815.)

“Las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejoras se imputarán a su legítima.” (Art. 819-I.)

“Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes que sean herederos forzosos, se reputará mejora si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar.” (Art. 825.)

“La colación no tendrá lugar entre herederos forzosos si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente...” (Art. 1.036) y la función de la colación de las donaciones es computarlas “en la regulación de las legítimas”. (Art. 1.035.)

Del artículo 815 se desprende que la acción de suplemento procede y, por tanto, excluye la preterición, cuando el testador haya dejado por cualquier título algo imputable a la legítima.

De los demás artículos y literalmente del 819, se desprende que las donaciones son en determinados casos imputables a la legítima del donatario.

Por tanto, en principio, la donación es uno de los títulos por los que puede disponerse de algo imputable a la legítima.

Mas el artículo 815 habla del testador y no del testador o donante, luego, la palabra “testador”, excluye, en principio, la donación ya que es el testador quien tiene que dejar algo y la donación no es negocio jurídico vaciable en el molde testamentario, sino en el del contrato.

No obstante, toda donación inter vivos tiene un reflejo sucesorio que se manifiesta en la imputación, cuando el donante fallece dejando legitimarios. De ahí que la donación como el legado se comuniquen subterráneamente con la legítima del donatario por el túnel de la imputación.

Ahora bien, el legado es una disposición testamentaria y a la vez un título creado por el testador, mediante el cual puede dejar total o parcialmente la legítima, cumpliendo, sin duda, con los requisitos del artículo 815; pero la donación es un título creado por el donante y fuera del testamento, de ahí que falte el requisito del testador exigido en el artículo 815 y que impide su juego. Es indudable que el testador en su testamento puede alterar la imputación de lo donado (51) en algunos casos (artículos 827 y 819) mas no en otros (artículos 826 y 1.036).

Cuando el testador altera la imputación de la donación o confirma la imputación que causó la donación al otorgarse en el testamento, estamos en el supuesto de hecho del artículo 815, ya que es el testador y no el donante quien “por cualquier título” (donación) deja algo al legitimario con imputación a su legítima.

De ahí, que la donación sólo impida la preterición cuando sea reconocida en el testamento, alterando la imputación del bien o bienes donados, del tercio de mejora o de la cuota libre a la legítima del

(51) Véase sobre esto nuestra ob. cit., págs. 187 y ss., y también sobre dispensa de la obligación de colacionar, las págs. 180 y ss.

donatario (artículo 827) y revocación de la dispensa de la obligación de colacionar hecha en un testamento anterior) u ordenando la imputación de la donación a la legítima, sin alteración alguna.

Si el testador no se refiere en su testamento a la donación hecha al legitimario, hay preterición, porque el supuesto de hecho del artículo 815 es la disposición del testador imputando a la legítima "por cualquier título" y no por el donante, lo cual es acorde con el momento de la preterición, que es el de la muerte al cual se lleva el testamento como veremos al estudiar la preterición formal y material y no la donación inter vivos.

Si el testador omite en su testamento al legitimario hay preterición, ya que el presupuesto evidente del artículo 814 es el testamento y no la donación. La preterición vive y se nutre en el testamento, sin testamento no hay preterición en nuestro C. c.

La preterición para que sea relevante jurídicamente ha de tener lugar en el testamento, subsistir a la muerte del testador bien sea coetánea al testamento, bien sobrevenga después, incluso muerto el testador por la ficción legal creada en beneficio del concebido. (Art. 29.)

La mención del legitimario sin referencia a la donación y sin disponer por otro título de algo imputable a su legítima ¿impide la preterición o no? (52)

Esta cuestión en materia de donaciones, la de legados en los supuestos de hecho del artículo 869, la mención del legitimario sin disposición por el testador a su favor, ni aun reconociendo una donación, el legado de cosa ajena a un legitimario, el pago de la legítima en dinero no herencial, etc., sólo pueden resolverse determinando, si la mención del legitimario ha de ser como titular de un derecho, como elemento personal o sujeto de una titularidad o como mero o simple conocimiento de sus legitimarios a fin de presumirle un sano juicio al demostrarnos que recuerda el nombre de pila de todos ellos o al menos su número.

Este problema es el de la relevancia jurídica de la distinción de la preterición en formal y material.

Antes de entrar en él vamos a matizar algo más los casos de preterición en el Código civil.

4) Casos claros y dudosos de preterición en el Código civil.

Resumiendo los resultados alcanzados hasta ahora en torno al concepto de preterición, parece seguro que no existe en los siguientes supuestos:

- 1.º Cuando el testador deshereda justa o injustamente al legitimario.
- 2.º Cuando el testador instituye heredero al legitimario.
- 3.º Cuando el testador hace un legado al legitimario imputable total o parcialmente a su legítima.

(52) VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 38, excluye la preterición, si el testador menciona la condición familiar del legitimario, aunque sin referirse a la donación.

4.º Cuando el testador imputa a la legítima del donatario una donación o reconoce en el testamento la imputación de la donación a la legítima sin alterarla.

También hay algún caso claro de preterición, como es la omisión absoluta del legitimario en el testamento sin haberle hecho ninguna donación o habiéndosela hecho (53). Mas entre los supuestos claros de preterición y de exclusión de la misma, hay otros discutidos como son:

1.º Mención del legitimario en el testamento sin disponer nada a su favor.

2.º Mención del legitimario legándole una o varias cosas, pero ordenando su imputación fuera de la legítima.

3.º Mención del legitimario habiéndole hecho una donación imputable o no a la legítima, pero sin acordarse de ella en el testamento (54).

4.º Mención del legitimario reconociéndole una donación, pero imputable ésta a la cuota libre o al tercio de mejora o pretendiendo revocar la imputación para hacerla a la legítima del donatario, siendo irrevocable la imputación.

5.º Mención del legitimario haciéndole un legado imputable o no a su legítima, pero que deviene ineficaz en los supuestos del artículo 869.

6.º Mención del legitimario como legatario de cosa ajena o de dinero no herencial.

7.º Mención del legitimario en una disposición a su favor sujeta a condición, plazo o gravamen.

8.º Mención del legitimario revocándole una disposición anterior.

De esta casuística enumeración se desprende que no hay preterición cuando hay desheredación, institución del legitimario, legado a su favor imputable a su legítima o donación con la misma imputación hecha o reconocida en el testamento.

Las diferencias con el régimen anterior son: la desheredación injusta, el legado y la donación, que ahora excluyen la preterición en los casos que vimos.

Las diferencias con el régimen romano inmediatamente anterior a la Novela CXV son: el legado y la donación, ésta en algunos casos, excluyen la preterición, mientras que en el Derecho romano posterior al año 528 excluían siempre la *querela inofficiosi testamenti*, y si cubrían la *portio legitima*, excluían también la *actio ad suppleendam legitimam*; pero en el régimen anterior al año 528 sólo excluían la *querela inofficiosi testamenti*, si eran suficientes para cubrir la legítima; mas en ningún caso excluían por sí la preterición.

(53) De acuerdo, VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 37.

(54) El caso expresado en el número 3.º ha sido examinado por nosotros como supuesto de preterición, anticipándolo por razones de exposición.

La solución de los casos dudosos exige el planteamiento de estas cuestiones, que en parte ya anticipamos:

1.º Si la mención del legitimario es la simple, o es la que implica el elemento personal de un negocio jurídico adquisitivo *mortis causa* (legado o institución de heredero) o *inter vivos* con repercusión *mortis causa* reflejada en la imputación (donación *inter vivos*) o, en otra palabra, la que individualiza el sujeto de una titularidad, de un título adquisitivo, al cual se refiere evidentemente el artículo 815 del C. c.

2.º Si el título adquisitivo ha de referirse a una cosa o cuota de la herencia imputable a la cuota legitimaria o basta que sea herencial o dispuesta por el testador por vía de donación; en otros términos, si el cumplimiento de los deberes de piedad, inseparables, como veremos, de la disposición a favor del legitimario, al menos parcialmente, ha de hacerse sobre la cuota legitimaria o puede hacerse sobre el *relictum* o el *donatum*. De ser cierto lo primero, prevalecería la especial prohibición de disponer en qué consiste la legítima sobre la adquisición del legitimario en el *relictum* o el *donatum*, de suerte que aquél podría reclamar la nulidad o reducción de la disposición que por haberse agotado la cuota libre recayese sobre su legítima, según el orden del artículo 820; de ser cierto lo segundo, habría un fenómeno equivalente a una alteración automática de imputaciones contrarias a la voluntad del testador o donante, prevaleciendo el *quantum* del legitimario sobre la prohibición de disponer en qué consiste la legítima.

3.º Si la oficiosidad total o parcial verificada a través de una donación, sin mención del legitimario en el testamento o con mención ajena a la donación es o no preterición.

4.º Si la inoficiosidad cualitativa implica preterición o si se tienen por no puestas las condiciones, gravámenes o plazos contrarios a la intangibilidad cualitativa de la legítima.

D. LA PRETERICIÓN FORMAL Y MATERIAL

La postura que se adopte ante estas tres cuestiones decide en un sentido positivo o negativo la distinción de la preterición, propugnada por nosotros, en formal y material.

Si para enervar la preterición en nuestro C. c. es necesario conferir al legitimario un título adquisitivo de alguna cosa imputable a su legítima, no bastando la mera mención o la atribución de alguna cosa fuera de la cuota legitimaria, sea el bien herencial, sea extrahereditario, es claro que el concepto de preterición es distinto del que resaltamos en las dos fases del Derecho romano: aquella en que los *sui heredes* y los *liberi* habían de ser instituidos o desheredados para impedir la preterición y que en caso de desheredación, aunque nada recibiesen no había preterición, sin perjuicio de que más tarde apare-

ciese la inoficiosidad, y aquella otra en que sólo la institución o la desheredación justa impedían la preterición, mas no el legado ni la donación.

En el Derecho romano la desheredación, y más tarde sólo la justa, impedía la preterición; en el C. c., la desheredación impide siempre la preterición. En este caso la mención del legitimario por el testador privándole expresamente de la herencia excluye la preterición.

Pero en la Novela CXV la atribución al legitimario de una cosa o cuota superior a su legítima, sin instituirle heredero, es preterición, la forma, la institución es la única disposición que enerva la preterición. El cambio respecto al régimen anterior no es tan radical como parece; sólo afecta a la desheredación injusta, ahora preterición y antes desheredación, mas la institución era también la única disposición que impedía la preterición. Es la preterición que hemos llamado formal (55).

En el C. c. la atribución al legitimario de una cosa o cuota igual o superior a su legítima a título de herencia, legado o donación, impide la preterición, si la hace el testador. Es la preterición que hemos llamado material, porque la simple mención, que no implique una titularidad jurídica, es preterición, lo cual resalta que la atribución material en concepto de legítima es lo decisivo y no el título.

a) La crítica de VALLET DE GOYTISOLO.

Esta clasificación ha merecido a VALLET DE GOYTISOLO (56) el siguiente juicio desfavorable: "La distinción propugnada recientemente entre preterición material y preterición formal no la creemos aceptable. La preterición —según vimos— consistía en el Derecho anterior al Código civil en no instituir heredero ni desheredar a un descendiente o un ascendiente con derecho a legítima. La exclusión del contenido material de la legítima no era preterición si se había desheredado, aunque injustamente, al legitimario, sino inoficiosidad. En cambio, la atribución plena del contenido material de la legítima a título singular no era supuesto de inoficiosidad, sino de preterición. Hablar de preterición material es confundir la inoficiosidad total y la preterición. Aquélla tiene como causa la privación de un contenido material. La preterición responde a un concepto sustancialmente formal, y aunque ese contenido formal haya evolucionado, al no ser ya necesario instituir heredero a los legitimarios en línea recta, según hemos visto, carecería de sentido su mantenimiento si se hubiera confundido con la inoficiosidad total."

Para avalar el concepto de preterición material en el C. c. había citado (57) la opinión de SANZ, donde parece claro, y VALLET DE GOYTISOLO (58) nos objeta que esa clasificación "no la establece:

(55) Véase nuestra ob. cit., págs. 102 y ss. y 108 y ss.

(56) Ob. cit., pág. 39.

(57) Véase nuestra ob. últ. cit., pág. 105.

(58) Ob. cit., pág. 39, nota 138.

ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, pues en lo que SANZ distingue es en la obligación "de contar con los herederos": en formal "mención en el testamento" y material "dejación de los bienes", pero sin calificar de preterición la falta de esa atribución de bienes". Si el concepto de SANZ no es de preterición material, lo siento, porque sigue pareciéndome muy claro. Lo que no veo claro es que se exijan dos requisitos para la preterición, se incumpla uno y sea lo mismo que si se cumpliesen los dos. No atribuyo a SANZ una clasificación, sino un concepto, el de preterición material.

b) Análisis de esta crítica.

1) La mención testamentaria del legitimario.

Aunque preterir es literalmente omitir, olvidar, silenciar, jurídicamente es aún más restringido el concepto. La mera mención del legitimario es preterición. La mención del legitimario atribuyéndole ciertas cualidades personales también lo es. La mención nombrándole albacea, contador partidador o administrador de la herencia, tutor, protutor o vocal del Consejo de familia, implica preterición. La mención del legitimario haciéndole un legado que después se revoca o deviene ineficaz por enajenación de la cosa legada, su destrucción o transformación, es preterición. El reconocimiento en el testamento de una deuda real a favor del legitimario, también implica preterición.

En ninguno de los casos relacionados puede el legitimario reclamar su legítima, ni como heredero testamentario ni como heredero intestado, si no admitimos la preterición como medio para que, anudada la institución, pueda recibirla *ab intestato*. Si nuestro sistema legitimario es el romano, negativo o de freno, donde sólo hay dos modos de adquirir por testamento o abintestato, no originando la legítima un tercer género sucesorio, la sucesión forzosa, no vemos cómo adquiriría el legitimario sin anular la institución o reducir las disposiciones inoficiosas para que el legitimario adquiera *ab intestato*.

El concepto de inoficiosidad total es desconocido o, si se quiere, irrelevante en nuestro C. c., ya que está absorbido en la preterición y en la desheredación injusta, y si quiere verse inoficiosidad total fuera de ellas, hay que admitir que la legítima se adquiere "ex lege", como sucesión forzosa o arbitrar otro medio o modo de adquirir.

La voluntad del testador respecto al legitimario mencionado en cualquiera de estas formas no mira ni contempla ningún deber de piedad hacia él, cuya medida legal y suficiente es la legítima.

Entender que quiso darle el mínimo es arbitrario a todas luces ver una voluntad testamentaria concretada en la legítima del legitimario mencionado es hacer nuestro sistema de sucesión forzosa y no de freno de la libertad de testar, es componer arbitrariamente la voluntad del testador. Negar relevancia jurídica a esa voluntad en lo abstracto, en lo inconcreto, por su indeterminación, es la solución a que conduce la preterición donde es aún más relevante el no ejercicio de los poderes que respecto a la cualidad de heredero latente en

legitimario tiene, lo cual causa una responsabilidad en el testador concretada en la disposición de su herencia.

En los casos de legado a favor de un legitimario revocado por enajenación o destrucción de la cosa, referidos en el artículo 869, VALLET DE GOYTISOLO (59) principia por afirmar "que si el vicio de preterición es fundamentalmente de carácter formal, el supuesto de que vamos a tratar no debe plantearse precisamente con relación al objeto... del legado revocado, sino con referencia al testamento que contiene la disposición...", y más adelante dice "que en el testamento no se había incurrido en preterición, puesto que en él se había legado al legitimario una cosa entonces existente". Es evidente que en este caso no puede haber preterición, sino inoficiosidad total, en el supuesto de que tras la ineficacia del legado no restare al legitimario derecho derivado de la disposición testamentaria.

"Pero el testador, al ordenar el legado, realiza un reconocimiento del derecho del legitimario expreso o tácito —según diga o no que ordena el legado en pago de la legítima—, a la vez que realiza una asignación concreta en pago de este derecho. La revocación tácita del legado, lo que revoca en general, y más o menos totalmente, es esa asignación. Pero, en cambio, no creemos que pueda estimarse que revoque también el reconocimiento de la legítima. Siendo así, no hay ni preterición ni inoficiosidad, sino que resta un genérico reconocimiento de la legítima hecho sin concreción para satisfacerla, ya sea en una institución de heredero o bien en una asignación de bienes."

Esta postura de VALLET DE GOYTISOLO contraría la naturaleza romana de nuestro sistema legitimario, que tan magistralmente defendió en sus Apuntes de Derecho sucesorio.

Nosotros disintimos de ella ahora como antes (60), cuando la había defendido Cámara.

Que el vicio de preterición sea fundamentalmente formal, después del Código civil, no lo creemos; que lo haya sido en el Derecho anterior, lo hemos sostenido siempre. La preterición la causaba la no institución o la no desheredación justa (la cual era excepcional). La institución (61) necesariamente, como demostramos, implicaba la satisfacción total o parcial de la legítima, incluso cuando el activo era inferior al pasivo, porque en este caso no había legítima. El legado y la donación que cubrieran la legítima no impedían la preterición. La preterición era un vicio formal: no institución.

En el C. c. el legado y, con ciertos requisitos, la donación, im-

(59) Ob. cit., págs. 42 y ss., de acuerdo con la postura de CÁMARA: "Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil". Centenario de la Ley del Notariado. Sec. 3.^a, vol. I. I. E. Reus, Madrid 1964, págs. 799 y ss.

(60) Véase nuestra ob. cit., págs. 109 y ss.

(61) No vamos a examinar el supuesto excepcional de la institución en cosa ajena, que, en principio, sería un legado y sería muy difícil interpretarlo como institución.

piden la preterición en el mismo plano que la institución de heredero. Institución, legado y donación son los tres títulos sucesorios con los que el testador puede enervar las facultades de impugnación del legitimario o cumplir sus deberes de piedad, y los tres impiden la preterición, conforme al artículo 815. Lo fundamental es ahora la atribución y no el título, es el objeto del negocio jurídico *mortis causa* (institución o legado) o *inter vivos* (donación reconocida en testamento), siendo indiferente el título, mientras que en el Derecho anterior había un solo título, la institución.

El C. c. ha cargado el peso en la atribución, en el objeto del negocio jurídico, aboliendo el privilegio de la institución como único título viable para la atribución enervadora de la preterición. Lo fundamental ahora es la atribución y la forma o título con que se haga es accidental, cualquier título apto para una atribución a la legítima (imputación) es válido en nuestro Código civil. La atribución de una cuota o cosa herencial, que es inseparable de la institución de heredero en una herencia solvente (única en la que hay cuota legitimaria), impide siempre la preterición y la inoficiosidad total y ha pasado con el mismo sentido al Código civil. Este, con la admisión, además, del legado, y en ciertos casos, de la donación, impidiendo la preterición y la inoficiosidad total, lleva a la atribución y no al título, el problema de la preterición.

La preterición es inseparable del testamento, mas el momento decisivo para calificar la preterición no es el del otorgamiento del testamento, sino la muerte del testador, en el que se funde por la ficción legal de la retroactividad el nacimiento del póstumo. La preterición del legitimario que premuere al testador no es tal, mientras que la preterición del legitimario que adviene a tal por muerte, incapacidad o desheredación de otro que lo era al otorgarse el testamento, la del cuasi-póstumo y la del póstumo, es preterición.

El momento de la preterición es el de la muerte del causante y no el del otorgamiento del testamento, y creemos asimismo que lo relevante no es la existencia de la cosa al otorgarse el testamento, sino al fallecer el causante (62), momento en que entra en vigor.

La inoficiosidad total era una figura en función de la *querela inofficiosi testamenti*, irrelevante desde el momento en que fue inseparable de la preterición, y la desheredación injusta era preterición. Tutelándose ésta, era superflua la *querela* e improcedente como remedio subsidiario. No pudiendo ejercitarse la *querela* en los casos de preterición, no convencen las posturas que pretendían hacerla un remedio de la preterición; para nosotros es más convincente explicar que el nombre se conservó, vacío de contenido, para individualizar la acción del preterido y con un sentido idéntico al *ius dicendi nullum*.

(62) En el caso de perecimiento de la cosa legada después de muerto el testador y "sin culpa del heredero", o siendo éste culpable, no hay preterición. Si la pérdida fuese causada por evicción, el problema es otro, o sea, si era o no herencial.

Nuestro C. c. no ha resucitado la figura de la inoficiosidad total, sino que siguió fundida en la preterición y ahora en la desheredación injusta y no la ha resucitado, como ya dijimos: 1.º Porque sería un concepto estéril frente a los remedios de la preterición y la desheredación injusta, y superflua con estos remedios específicos. 2.º Porque no puede defenderse en un sistema legitimario romano la figura de la inoficiosidad total sin afirmar que la legítima es un modo de adquirir *mortis causa* (sucesión forzosa o sistema germánico) o explicar cómo adquiere, con qué título adquiere el legitimario lesionado, que no puede ser como heredero abintestato, ya que el testamento dispone de toda la herencia y no hay margen para la apertura de la sucesión intestada. 3.º Porque el suplemento de la legítima es el complemento de la atribución de una adquisición *mortis causa* conferida en el testamento o reconocida en el mismo por el reflejo sucesorio de la donación entre vivos y no el complemento de cero, que no es complemento, sino todo, siendo éste el sentido histórico de la acción de suplemento, consagrado en el artículo 815, con la novedad de que puede complementarse no sólo la institución de heredero lesiva para el legitimario, sino también el legado y con ciertos requisitos la donación.

El reconocimiento de la legítima es reconocimiento de la especial prohibición de disponer en qué consiste y en nuestro caso no hay tal reconocimiento, porque el testador dispuso de toda la herencia excluyendo toda asignación a esa legítima, ya que la hecha quedó ineficaz en el momento decisivo de la preterición, la muerte del testador y como consecuencia de su ineficacia dispuso de toda la herencia excluyendo toda atribución al legitimario a quien había hecho el legado. Si el testador expresa o implícitamente ordena la subrogación real estamos ante un legado de cosa herencial al legitimario y no hay preterición, mas si no puede inducirse una subrogación real hay preterición.

Prácticamente los resultados de este reconocimiento son plenamente insatisfactorios, no sólo desde el punto de vista de los móviles que inducen al testador a la enajenación o de las causas de la pérdida, sino también del valor de la cosa legada que puede ser muy superior al de la cuota legitimaria o igual o inferior a ella. En los dos últimos casos, no tendrá transcendencia práctica, pero en el de tener un valor superior, sí. Tampoco es lo mismo que la enajene (63) para revocar el legado, porque le paguen un precio desorbitado, porque se traslade

(63) Entendemos contra la letra del artículo 869 ("aunque sea por nulidad del contrato"), que si ésta está viciado de error, dolo, violencia, intimidación o incapacidad del testador, o es nulo por ser contrario a la ley, no estamos en casos de ineficacia del legado, ya que las cosas no salieron del patrimonio del testador, sino que la palabra "nulidad" es utilizada equivocadamente y debe aplicarse a los supuestos de rescisión, revocación y resolución en que el negocio jurídico, rescindido, revocado (donación) o resuelto es válido y la cosa salió del patrimonio del testador y no hay un precepto convalidante, como el 862-II, sino, al contrario, que impide la convalidación. La excepción, en el caso de retroventa, apoya nuestro punto de vista de que la cosa debe salir del patrimonio del testador en virtud de un negocio válido, no nulo.

de residencia, haya perdido utilidad para su hijo, o por enfriamiento de las relaciones, ni que pierda la cosa legada por un hecho fortuito, culpable del testador o le sea expropiada.

Por último, un negocio jurídico sucesorio (legado) sin objeto o un título sucesorio (legado) sin objeto es nulo. El reconocimiento genérico de la legítima hecho sin concreción de bienes para satisfacerla o es un legado parciario o es una disposición nula por falta de objeto. Si del testamento se desprende lo primero, no hay preterición, si lo segundo la hay.

La mención del legitimario que enerva la preterición (64) es única y exclusivamente la referida en el artículo 815, como hemos reiteradamente expuesto. Y esta mención es la del heredero forzoso (legitimario) "a quien el testador" (otorgante de un testamento) "haya dejado por cualquier título" (título adquisitivo: herencia, legado y donación, está en los términos que vimos) "menos de la legítima que le corresponda" (no en el caso de no dejarle nada). La mención del legitimario ha de ser individualizándole en el título adquisitivo, confiriéndole una titularidad, identificándole como sujeto activo o adquirente en un negocio jurídico *mortis causa*.

La mención del legitimario extraña al título referido en el artículo 815 (65) o la mención en un título adquisitivo ineficaz por falta de objeto, no confiere titularidad, no es el título referido en el artículo 815, es extraña a este precepto y no impide la preterición.

Creemos que los supuestos dudosos incluidos en los números 1.º y 5.º son casos claros de preterición, fundados en que la mención del legitimario ha de ser como sujeto de una titularidad consagrada en el título referido en el artículo 815, cuyo título ha de ser el modo de adquirir el objeto a que se refiere el mismo.

Donación del legitimario con mención testamentaria extraña a la donación.

Para VALLET DE GOYTISOLO (66) si la mención encierra el reconocimiento de la condición familiar del legitimario, a quien el testador hizo una donación, pero sin referirse a ella en el testamento, sino hay duda de que nada quiere dejarle en el testamento, no hay preterición.

Nuestra solución es la opuesta, Ya viene prejuzgada de la interpretación que dimos al artículo 815, donde la mención es la propia del elemento personal de un negocio jurídico, del sujeto de un derecho, que determina su titularidad, su título adquisitivo. De ahí, que cualquier otra mención es irrelevante a efectos de preterición.

(64) Prescindimos ahora de la desheredación injusta.

(65) En contra, VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 38, letra e).

(66) "El deber formal de instituir herederos", cit., pág. 38, letra f, inciso final.

A este argumento, debemos añadir otro, ya aducido o insinuado por nosotros, que carga el peso en el momento en que la preterición tiene valor jurídico.

Este momento se centra y concreta en el acto mismo de la muerte del testador, al cual se lleva no sólo el momento del otorgamiento del testamento, como medio de expresión de la voluntad última o postrera, que entra en vigor con la muerte, sino también el nacimiento de los legitimarios póstumos, en virtud de una ficción legal o retroactividad de su nacimiento al tiempo de su concepción.

La preterición es, fuera de la desheredación injusta, la no atribución a los legitimarios del testador de su legítima, total o parcialmente. Esos legitimarios son los existentes a la muerte del testador, no al tiempo de hacerse el testamento, hay preterición tanto respecto de los cuasi-póstumos y póstumos, como los que advienen por premoriencia, desheredación justa e incapacidad de los que eran legitimarios al otorgarse el testamento. En la preterición se valora el momento solemne del testamento, pero no en el día de su otorgamiento, sino en el de la muerte del testador.

El momento de la donación, como acto *inter vivos*, no tiene relevancia jurídica alguna a efectos de la preterición y su reflejo *mortis causa* (imputación y colación) no se lleva al momento del testamento. El testamento, como ley de la herencia, no puede desconocer la posición jurídica de heredero latente en el legitimario y si la desconoce, surge la cualidad de heredero del legitimario, como sucesor abintestato, anulando la institución de heredero o previa reducción de las disposiciones inoficiosas.

En el testamento y a efectos de la preterición, lo esencial es el momento de su vigencia y no el de su promulgación, el testador contempla, no la fecha u hora en que hace el testamento, sino su muerte, el momento supremo de su vida, en el cual debe tener presente, sin excusa alguna, sus deberes de piedad hacia sus íntimos parientes, ahora fundidos en la preterición.

Por eso la donación no impide la preterición, es extraña a su momento.

Los deberes de piedad pueden hacerse efectivos sobre el relictum y el donatum o solamente sobre la cuota legítima.

El problema que aquí planteamos, aunque ya lo hemos anticipado en parte, es el de si hay preterición en el caso de que por voluntad expresa del testador o por voluntad ineficaz de éste por contrariar un pacto sucesorio (mejora en capítulos matrimoniales o dispensa contractual de colación) no se impute el legado o donación del legitimario a su legítima, sino a la cuota libre o al tercio de mejora.

Prácticamente el problema puede surgir y con cierta frecuencia. Los dos casos tipos en que pensamos cuando esto escribimos son éstos: Un legado al legitimario con imputación expresa a la cuota libre o al tercio de mejora y otro legado sin imputación o con imputación expresa a la legítima, habiéndose transformado, enajenado o perdido

la cosa objeto de este último legado. Donación con dispensa de la obligación de colacionar o en capítulos matrimoniales con imputación expresa en el testamento a la legítima del donatario.

Partimos de que la mejora sólo es legítima cuando no es mejora.

La preterición es clara para nosotros (67). La voluntad del testador cuando otorgó el testamento era de mejorar al legatario o de asignarle algo además de la legítima, voluntad que fue también la del donante y que no puede después cambiar, aunque así lo pretenda en el testamento.

La voluntad del testador o del donante de dejar al legatario o donatario algo fuera de la legítima, no ha cambiado o no puede cambiarse. La voluntad del testador o más exactamente el negocio jurídico del testador (legado) que se debe imputar a la legítima ha caído, ha devenido en ineficaz, en nulo y la voluntad del testador pretendiendo alterar la imputación es nula *ab initio*. El testador no cumple sus deberes de piedad, ya que el legado otorgado fuera de la legítima y la donación no tenían como finalidad cumplir esos deberes, eran extraños a ellos. En el caso del legado, pretender salvar el testamento de la preterición mediante un cambio automático de la imputación, no es respetar el principio de conservación del testamento, sino violarlo, ya que el *favor testamenti* tiene su razón en el respeto a la voluntad del testador y no en contrariarla. En el caso de la donación, si se pretendiere salvar el testamento se vulneraría la ley del contrato de capítulos matrimoniales o de donación.

Pero no es éste el único argumento en pro de la preterición. Del artículo 815 se induce otro de igual valor. Este precepto exige que lo dejado haya de ser con cargo a la legítima, con imputación a la legítima, en concepto de legítima. Si el legitimario recibe "por cualquier título" algo en concepto de legítima, aunque sea "menos de la legítima que le corresponde, puede pedir el complemento de la misma", pero si lo dejado no es imputable a su legítima, no puede pedir el suplemento, sino que tiene que exigirla íntegramente, totalmente.

Creemos que en los supuestos de los números 2.º y 4.º hay preterición con la sola excepción de que estuviesen sujetos a reducción el legado o la donación hechos al legitimario e imputables a la cuota libre conforme al artículo 820, en cuyo caso habría un cambio legal de imputación, implícito y necesario por la reducción. El ejercicio de la acción de reducción del legitimario sobre su propio legado, sería absurda.

Ahora bien, si en la hipótesis de que lo dejado al legitimario no sea imputable a su legítima, hay preterición, a pesar de integrar el *relictum* o el *donatum* del testador, de donde se desprende que la legítima ha de recaer sobre bienes imputables a la cuota legitimaria, no a la libre o al tercio de mejora (de lo contrario se contraviene la

(67) EN CONTRA VALLET DE GOYTISOLO ob. cit., pág. 37, letra c) en cuyo supuesto comprende todos los casos de legados cualquiera que sea su imputación, y pág. 38, letra f, inciso final, respecto de las donaciones.

voluntad del testador o la ley del contrato), en el supuesto que pretendía satisfacerse con bienes extrahereditarios o que no hayan integrado el *donatum* del testador (legado de cosa ajena o de dinero no herencial en pago de la legítima), la solución debe ser idéntica.

La legítima es una especial y relativa prohibición de disponer de una cuota del patrimonio del causante por actos *inter vivos* gratuitos o *mortis causa* en beneficio de determinados e íntimos parientes y esta prohibición no puede ser pensada sobre bienes ajenos.

Los deberes de piedad no pueden ser cumplidos, en nuestro C. c. por persona que no sea el causante, no se admiten intermediarios (68).

Por tanto, los supuestos del número 6 son de preterición.

3) La inoficiosidad cualitativa y la preterición.

La inoficiosidad cualitativa (69) está regulada en el párrafo 2.º del artículo 813, en el núm. 3.º del artículo 820 y en los artículos 777 y 782 explícitamente. En el caso de que el testador use cautelas de opción compensatorias (70) mediante una vocación hereditaria alternativa, no hay cuestión.

El problema se plantea, cuando la institución de heredero o el legado en que está designado el legitimario son inoficiosos cualitativamente.

En el Derecho romano a la inoficiosidad cualitativa de la legítima se le dio un tratamiento jurídico inspirado en la inoficiosidad cuantitativa, en el sentido de excluir la *querela inofficiosi testamenti* en aras al *favor testamenti*, mas en vez de conferir al perjudicado la *actio ad supplendam legitimam* para exigir la diferencia, se suprimía la "condición, plazo o disposición, que causa la demora o cualquier gravamen y el asunto marche como si nada de esto se hubiese añadido en el testamento" (71). Un año después se aclaró la duda, si la supresión de la condición, plazo, modo o gravamen afectaba a toda la disposición o sólo a aquella parte de la misma que contenía la legítima, resolviéndose que la restitución de la cuarta (legítima) se hiciera sin demora e íntegra y "lo demás que reste después de la porción legítima se restituya cuando el estador dispuso (72) y éste fue el sentido de la novela XVIII cap. III del año 536 relativa al gravamen de la legítima con usufructo que exigía que se dejara tanto "... el usufructo de esta parte legítima... como también la propiedad...". El dilema se resolvió fraccionando la disposición, conservándola más allá de la "*portio legitima*", cumpliendo la voluntad del testador que sólo quedaba desconsiderada en la parte que había contrariado la ley (73).

(68) Para otros argumentos véase nuestra "Legítima en el Código civil" cit., págs. 113 y ss. En contra VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., págs. 39 y s.

(69) Véase sobre su concepto nuestra ob. cit., pág. 139.

(70) Véase sobre las clases de éstas VALLET DE GOYTISOLO: Cautelas de opción compensatoria de la legítima. Centenario de la Ley del Notariado, Secc. 3.ª Vol. I, Madrid I. E. Reus, 1964, págs. 425 y ss.

(71) C. (3,28) 32 pr., del año 529.

(72) C. (3,28) 36,1 del año 530.

(73) Véase sobre esta cuestión en el Derecho histórico VALLET DE GOYTISOLO,

Pero aquí nos interesa resaltar únicamente que la inoficiosidad cualitativa excluía la *querela* y era ajena a la preterición y que cuando la inoficiosidad total se fundió en la preterición en la novela CXV, la inoficiosidad cualitativa se reguló y corrigió al margen de la preterición.

En el C. c. la legítima es una cuota del *relictum* más, en su caso, el *donatum*, respecto de la cual las facultades dispositivas del testador o, en su caso, del donante están limitadas. La disposición comprende tanto la enajenación como el gravamen, además de la renuncia, que aquí no interesa, no pudiendo negarse que dispone, quien agrega una condición o un plazo.

La legítima es algo negativo, es una limitación a las facultades dispositivas y esta limitación se contraviene cuando se dispone en perjuicio del legitimario. La disposición es algo positivo, es un negocio jurídico (herencia, legado o donación), que se comunica subterráneamente con la legítima en el túnel de la imputación. Esta comunicación subterránea desarticula la facultades de impugnación del legitimario, cuando la perforación del túnel se hace con la máquina del testamento.

Pero el testador puede hacer defectuosa esta comunicación, no porque sea pequeño el arco del túnel, sino por irregularidades en él, y en este caso se plantea la cuestión, si debe facultarse al legitimario para superarlas o no, si debe achicar el agua o retirar la tierra y piedras del aragayo, aunque el arco del túnel sea superior a su legítima o únicamente hasta que iguale a su legítima, o debe buscar otra vía de comunicación, la sucesión intestada.

La segunda solución era la del Derecho romano, como vimos, la última obligaría a cegar el túnel y servirse de la preterición para abrir la sucesión intestada y la primera a prescindir de las condiciones, plazos, modos y gravámenes, es decir, a considerar la unidad de la disposición o título de heredero o legatario y no la unidad de prohibición especial y relativa de disponer y sacrificar la voluntad del testador en la diferencia entre la disposición y la legítima.

¿Cuál es la postura de nuestro C. c.? La solución no es única.

Nos parece evidente que en algunos casos la preterición está excluida y no porque el legitimario haya recibido algo por cualquier título imputable a su legítima, conforme al artículo 815, sino porque dicta normas especiales diversas de las de reducción por inoficiosidad cuantitativa para sanar la lesión cualitativa del legitimario (74).

En el caso de gravar la legítima con un usufructo o renta vitalicia el núm. 3.º del artículo 820, a parte de evidenciar que no hay pre-

ob. últ. cit., págs. 461 y ss. 485 y ss., también "La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible". A. D. C. julio-septiembre de 1962, págs. 591 y ss.

(74) Prescindimos de la donación, donde como dijimos en otra ocasión (La legítima cit., pág. 139) la aceptación del donatario legitimario resuelve el problema.

terición, resuelve la cuestión creando una opción legal a favor del legitimario perjudicado (75).

Más la cuestión no es tan clara en los demás supuestos de inoficiosidad cualitativa, expresamente regulados en el C. c., no porque la exclusión de la preterición no sea evidente, sino porque no es diáfano su criterio, pudiendo preguntarse, si la nulidad de la disposición es total o parcial, si se tutela al legitimario para que defienda sólo su legítima o al heredero o legatario legitimarios para que defiendan la disposición.

Del párrafo 2.º del artículo 813 (el testador) “tampoco podrá imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo”, no puede deducirse ninguna solución, ya que, en nuestra opinión, este precepto no hace más que prohibir la inoficiosidad cualitativa, diciendo que el gravamen, la condición y la sustitución entran dentro de la prohibición especial y relativa que es esencia de la legítima.

En materia de condiciones, siendo estas ilícitas, por contravenir el artículo 813-2.º en el momento de la imputación, creemos que la solución está en el artículo 792 del C. c., “se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aunque el testador disponga otra cosa.” Esta solución es acorde con la Ley XVII de Toro en la que se conservaba íntegra la disposición, y se tenía también por no puesta la condición, cuyo criterio era idéntico al de las Partidas (L. 11. T. IV, P. 6.ª) que se apartaron de la solución consagrada en el Código (3,28), 36, aunque siguieron la constitución del año anterior, C. (3,28), 32.

No hay por tanto asomos de preterición ni base para una nulidad parcial.

Quizás, esta solución debe aplicarse en el caso de sujeción a un plazo o a un modo de la institución o legado.

En los casos de sustitución vulgar del legitimario, no hay cuestión, lo condicionado es la institución o legado del sustituto no del sustituido. Si el sustituto es el legitimario, creemos que juega el artículo 792, ya que su llamamiento es condicional, es nula la institución o el legado a favor del sustituido que condiciona la disposición hecha al legitimario (76).

Más dudosas son las sustituciones pupilar y ejemplar, donde creemos que la nulidad parcial es la sanción decretada por el artículo 777 “... en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios...”, que apoyamos además en el artículo 743.

Igual solución y con apoyo en el *favor testamenti* consagrado en el artículo 743 es la que en materia de sustitución fideicomisaria

(75) Véase nuestra ob. cit., págs. 148 y s. y las opiniones allí citadas.

(76) VALLET DE GOYTISOLO en su ob. cit. “El deber formal de instituir herederos...”, pág. 42 “... se consideran como no puestas *respecto a la legítima* las condiciones y las dilaciones (plazos, condiciones de futuro o sustituciones diferidas)”.

da el artículo 782, tanto en el caso de ser gravada la legítima del fiduciario, como la del sustituto fideicomisario.

En estos casos, por tanto, no hay preterición, mas éstos son los casos regulados por el C. c. como supuestos de inoficiosidad cualitativa, existiendo otros que nuestro C. c. excluye de la regulación y que plantean la cuestión de si hay o no preterición.

El artículo 813-2.º prohíbe gravar la legítima, mas guarda silencio cuando el gravamen se imputa a la legítima, es decir, admite (artículo 820-3.º) que el legitimario sea un nudo propietario o un deudor de renta, pero nada dice, si es un usufructuario o un pensionista (77).

¿Qué solución ha de darse en el caso de legarse un usufructo o una pensión a un legitimario con imputación a su legítima?

Este supuesto de hecho es extraño a la letra de los artículos que regulan la inoficiosidad cualitativa, lo cual puede llevar a dos soluciones: aplicarlos por analogía o rechazar su aplicación y en este caso estimar nula la disposición.

VALLET DE GOYTISOLO (78) dice: "La razón fundamental para negar en este caso la aplicación del precepto parece que estriba —a nuestro juicio— en el carácter de excepción que debe darse a una norma que (como... el 820 núm. 3 español) coloca al legitimario en una alternativa a la cual pudo someterle el testador y, sin embargo, no lo hizo... Se trata de una excepción a las reglas de Derecho común que no admite una interpretación extensiva..."

Nosotros creemos también que el tratamiento jurídico que da nuestro C. c. a la inoficiosidad cualitativa, lo hace consagrando una serie de excepciones, que no admiten la analogía; aunque en el caso del plazo, siendo la atribución de la institución o legado a favor del legitimario causa de una titularidad temporalmente limitada o aplazada, y la de la condición preventiva y produciendo idénticos efectos jurídicos, la supresión del plazo que la de la condición, (conversión en titularidad definitiva), no hay razón para anular la disposición. Razonamiento aplicable al modo, ya que en ambos hay idéntica *ratio iuris*.

En el caso del legado de usufructo al legitimario, si el artículo 820-3.º es una excepción, extenderlo al usufructo, uso, habitación, es convertirlo en regla y desnaturalizar la excepción.

El artículo 815 no podría aplicarse a la inoficiosidad cualitativa, porque no habría suplemento normalmente, ya que la disposición sería oficiosa cuantitativamente. La legítima es una fracción del *relictum* más el *donatum*, en su caso, que el testador puede concretar en uno o más bienes, bien por vía de legado (artículo 815) bien por vía de partición (artículo 1.056-I), pero no puede "desmembrar" sus derechos subjetivos, salvo en los casos de excepción previstos en el C. c. y en los cuales siempre salva la integridad cualitativa de la

(77) Supuestos previstos en el artículo 810 del C. c. italiano de 1865 y 550 del C. c. italiano de 1942.

(78) Cautelas de opción compensatorias de la legítima... cit., pág. 509 y ss. y especialmente nota 301.

legítima, bien suprimiendo la condición, bien confiriendo una opción legal al legitimario (art. 820-3), bien decretando la nulidad parcial de la disposición (artículos 777 y 782); mas en los supuestos de opción legal la cuota libre la adquiere el legatario del usufructo o de la renta vitalicia, *ex lege*, como legatario legal o como *mortis causa capiens*, conforme al artículo 820-3, que es uno de los supuestos del artículo 609 "La propiedad y los derechos sobre los bienes se adquieren por la Ley..." y en nuestro caso quien por herencia o legado adquiere la nuda propiedad, no puede instar ni una nulidad parcial ni una adquisición *ex lege*, porque ningún precepto le atribuye la cuota libre.

Por tanto, creemos nosotros, que la disposición *mortis causa* cuyo objeto sea un acto de gravamen de un bien herencial (usufructo, uso, etc.) es sancionado con la nulidad total y hay preterición, ya que no hay desheredación injusta ni procede el suplemento de la legítima, únicos medios impeditivos de la preterición en nuestro C. c. y, además, el gravamen es acto de disposición, que infringe la prohibición especial y relativa en que consiste la legítima, cuya prohibición sólo una norma autorizando su infracción explícita o implícitamente puede impedir la nulidad.

c) Conclusión.

Resumiendo lo que hemos dicho acerca de la evolución de la preterición, nos encontramos con la preterición material como la última y progresiva etapa del concepto de preterición.

La preterición principió siendo desconocimiento de la posición jurídica de heredero latente en el legitimario. Los deberes de piedad hacia éstos tuvieron en principio tutela independiente de la preterición, aunque fundada en la cualidad de heredero latente en el legitimario (inoficiosidad).

Cuando la institución de heredero fue el único medio de no desconocer la posición jurídica latente en el legitimario o lo que es lo mismo cuando la institución de heredero del legitimario era la única fórmula jurídica para impedir la preterición, no desconocer la posición jurídica de heredero latente en el legitimario era reconocer su cualidad de heredero instituyéndole en el testamento.

Desde este mismo instante en que no preterición era institución del legitimario, la inoficiosidad se convirtió en simple medida de los deberes de piedad, cuyo cumplimiento, al menos parcial, acontecía necesariamente en la institución del legitimario y la institución de heredero enervante de la preterición y de la inoficiosidad total se fundían en una misma unidad, de modo que el reconocimiento de la cualidad de heredero del legitimario y el cumplimiento parcial de los deberes de piedad eran inseparables. Desterrada la *querela inofficiosi testamenti* por la *actio ad supplendam legitimam* en los casos de inoficiosidad parcial y transubstanciados los deberes de piedad a la institución de heredero, no quedó a la inoficiosidad otra función que la de ser la medida de la legítima, de la vulneración del testador de esta prohi-

bición relativa especial de disponer. Entonces la inoficiosidad, como medida de la vulneración de la legítima, tuvo su correctivo en la acción de suplemento. Después la reducción fue el correctivo de la inoficiosidad.

Los deberes de piedad concretados en una cuota de la herencia se cumplen en la institución del descendiente o ascendiente y si ésta no los cubre, se reclaman como *portio legitima* suplementaria de la institución.

En síntesis, heredero necesario y legitimario vivieron disociados, con tutelas diversas y negaciones distintas (preterición e inoficiosidad). En la novela CXV se funden el heredero necesario y el legitimario, desaparece la tutela peculiar del legitimario, la *querela inofficiosi testamenti*, aunque se conserva el nombre ha variado de contenido, la desheredación injusta es preterición, la ingratitude relajadora de la inoficiosidad es causa de desheredación justa y la *actio ad implendam legitima* es tutela indeferenciada de la legítima del heredero necesario, tutela que lo es solamente en cuanto a la *portio legitima* inherente al heredero necesario.

Cuando el C. c. crea nuevos antidotos contra la preterición y separa ésta de la desheredación injusta, la transformación del instituto es radical; se vuelve al régimen anterior a la novela CXV en materia de desheredación, ya que tanto la justa como la injusta la impiden, pero se separa de ese régimen al mantener fundida la inoficiosidad total con la desheredación injusta y la preterición y al no exigir la previa o simultánea desheredación para que el legado y, en los casos, que vimos, la donación, enerven la preterición, conservando la acción de suplemento como una tutela de la institución de heredero y no del testamento, que impide la preterición y que es el único remedio del legitimario instituido heredero, legatario o donatario. De ahí que la preterición sea ahora material, ya que el legitimario que no recibe nada imputable a su cuota, no tiene acción de suplemento, mientras que en el régimen anterior si no era instituido heredero había preterición a pesar de los legados y las donaciones. Ahora lo que cuenta es la adquisición y no el título adquisitivo, aunque el testamento sea el único medio de vida de la preterición, como ocurrió siempre. La preterición es material tanto en cuanto a la indiferencia del título, como a la necesidad de la atribución, que ha de recaer necesariamente en la legítima, porque al absorber la preterición la función de la inoficiosidad total y siendo ésta el reverso de la legítima, sólo cumpliendo con ella en el testamento se impide la preterición. Si el testador vulnera la legítima, como cuota de su patrimonio sujeta a una especial y relativa prohibición de disponer su disposición se anula o reduce a instancia del legitimario, quedando firme lo que dispuso concretamente sobre la cuota libre o el tercio de mejora (legados), conforme al art. 814.

La preterición fue en su primera época la privación tácita de la cualidad de heredero latente en el legitimario, concretada en el no

reconocimiento (institución de heredero) o no revocación (desheredación) de esa cualidad por el testador (preterición formal).

En su segunda época se amplió el concepto al incluirse en él la desheredación injusta, evitando la preterición únicamente la institución y la desheredación justa (preterición formal).

En ambas épocas del Derecho romano hay una nota común, que la institución de heredero es el único título adquisitivo *mortis causa* que impide la preterición. Por eso la omisión de esa forma es preterición. La desheredación no es título adquisitivo *mortis causa*, sino negocio jurídico extintivo o revocatorio.

En nuestro C. c. la preterición sigue siendo la privación tácita de la cualidad de heredero latente en el legitimario no desheredando ni reconociéndole una cuota (institución de heredero o legado parciario) o cosa (legado o donación) en el testamento imputable a la legítima (preterición material).

La admisión o negación de este concepto tiene la transcendencia que hemos puesto de relieve al exponer la solución de casos dudosos de preterición, positiva para quienes la acepten y negativa para quienes lo niegan.

La postura negativa de la preterición material, tiene que desviarse del sistema legitimario romano para explicar la adquisición del legitimario a quien nada le atribuye el testador.

Nosotros estimamos un ideal, el sistema romano, tan magistralmente defendido por VALLET DE GOYTISOLO, porque consideramos más humana la libertad, el libre albedrío, que la sujeción, la servidumbre; el escribir libremente que escribir al dictado la disposición libre, que la expropiación forzosa, la ley que consagra la voluntad, que la voluntad ahogada en la ley, el hombre que la marioneta.

Pero la libertad es orden, es movimiento racional y la fuerza es opresión, es movimiento irracional. La libertad es justicia y la opresión atropello. La libertad que vulnera la ley, como traducción de un postulado de justicia, no es libertad, mas el determinismo es siempre regresión.

E. LOS LÍMITES ENTRE PRETERICIÓN Y DESHEREDACIÓN

El criterio de la preterición material sirve para distinguir los casos dudosos de preterición, pero hay otros supuestos que exigen fijar la atención en los límites que separan la preterición de la desheredación injusta, límites que han sido puestos en entredicho con la pretendida preterición intencional y con la confusión entre legado e institución de una parte y desheredación injusta de otra, ya que los dos primeros están en idéntico plano respecto de la preterición, pero diverso en cuanto a la desheredación.

a) La pretendida preterición intencional.

La privación de la legítima es preterición cuando se hace en el testamento tácitamente, más la privación de la legítima hay casos en

que es desheredación y es preciso distinguirla de aquélla. La nota es el carácter expreso de ésta y tácito de la preterición, según hemos visto, ya que originaría tradicional y esencialmente la desheredación; es revocación de la cualidad de heredero latente en el legitimario. Revocación libre en un principio y fundada en una justa causa después de la Novela CXV, a partir de cuyo régimen la desheredación quedó reducida a la justa, y la injusta, a pesar de que era privación expresa de la legítima, se la estimó preterición.

No obstante, había una cosa clara, violentaba la voluntad del testador, al someter al mismo tratamiento preterición y desheredación injusta y es que en ésta la voluntad del testador era precisa en un punto, no querer darle nada al desheredado por título de herencia, cuya voluntad valora el C. c., a diferencia del Derecho anterior, en el sentido de anularla solamente en cuanto incumple con la especial y relativa prohibición en que consiste la legítima; mientras que en la preterición, la voluntad es difusa, no está dibujada con caracteres tan marcados como en la desheredación y por eso la anula, salvo en las asignaciones concretas (legados). Esta distinción entre preterición y desheredación injusta tiene otro fundamento tradicional y es el ejercicio del poder conferido al testador respecto de sus legitimarios en cuanto a su latente cualidad de herederos, que tenía sus manifestaciones en la institución y desheredación y su no ejercicio era preterición, que tenía y tiene un sabor de sanción a la imprevisión o incurria del testador. Esta distinción ha sido valorada y sancionada por nuestro C. c., certeramente.

Entre preterición y desheredación hay una nota común, la privación de la legítima, y unas consecuencias diversas, anulación total de la institución de heredero en aquélla y validez de la institución en la desheredación legal alegada en testamento y probada (justa) o anulación parcial en la injusta.

Privación expresa y privación tácita de la legítima no presentan dificultades en algunos casos, mas hay otros dudosos.

La desheredación ha de ser expresa, pero no formal ni formula, como he sostenido en otra ocasión (79), y ello es razón de dudas y no de críticas.

No teniendo la revocación o privación de la cualidad de heredero potencial en el legitimario una o más palabras determinadas o sacramentales, que la fijen con precisión, surge la cuestión, es decir, cuando en el testamento hay privación expresa o tácita o, en otras palabras, cuando se expresa una privación de legítima o cuando se priva de ella sin expresarlo.

No siendo necesario que el testador diga desheredo o privo de toda cuota o cosa en mi herencia al legitimario, sino que bastando que lo prive sin duda o así resulte expresamente del tenor del testamento.

Pues bien, entre privación expresa y la privación tácita de la legítima

(79) "La legítima..." cit., págs. 100 y 131.

tima, no hay una muralla ni una alta cerca y ha surgido un género híbrido, que encontró aceptación en algunas de nuestras compilaciones (80) y contra el cual nos hemos pronunciado hace pocos años (81). se trata de una preterición con efectos de desheredación injusta, la preterición intencional.

El género es inaceptable. En tanto en cuanto del testamento se deduzca la voluntad del testador de privar al legitimario de toda cuota o cosa herencial, no hay preterición, aunque no se use la palabra desheredación, si de la usada o usadas o del tenor del testamento resulta el concepto o la esencia de la desheredación, ya que estamos ante una privación expresada en testamento; mas si del testamento o de su tenor no puede deducirse una voluntad del testador dirigida a privar de la legítima, sino una privación, estamos ante una preterición. La llamada preterición intencional, si se desprende expresamente del testamento, es desheredación injusta, porque la voluntad del testador se refleja en el testamento con claridad respecto al legitimario, si no se desprende expresamente del testamento, es preterición (82).

Creo que unos ejemplos sirven para aclarar las cuestiones:

El testador nombra a sus hijos al expresar las circunstancias de su matrimonio y después en sus disposiciones dice: "instituyo solamente a los cinco mayores de mis seis hijos", o simplemente dice: "instituyo a mis cinco hijos", o instituye a cinco hijos, que nombra, cuando tiene seis.

Creemos que en el primer supuesto hay desheredación injusta, porque el último de los seis hijos está excluido expresamente de la institución y no cabe duda de su exclusión.

Mas no lo creemos así en los otros dos casos. Si a pesar de expresar en las circunstancias que tiene seis hijos solamente instituye a sus cinco hijos (a mis cinco hijos), o nombra sólo a cinco de sus hijos, no puede fundarse en la exposición de sus circunstancias que el testador sabía que tenía seis hijos e instituyó intencionadamente a cinco. Si los nombra, hay una exclusión implícita o tácita, no expresa, que incide en el concepto de preterición, ya que no hay base en el testamento para apreciar si la omisión fue o no deliberada, si fue o no inconsciente. No puede evidenciarse del testamento que haya error, pero tampoco una intención de excluir de la herencia al hijo, y estamos ante un caso de preterición.

Al exigir el artículo 851 "la desheredación hecha", o sea expresa, lo que pretende es una voluntad clara, una voluntad dibujada con caracteres profundos, una intención clara, expresa, dibujada con caracteres profundos, y esto no puede ocurrir por omisión, por silencio, por cierta contradicción, donde lo relevante jurídicamente es la dis-

(80) Art. 141 de la catalana y 122 de la aragonesa.

(81) La legítima... cit., págs. 106 y ss.

(82) Puede verse sobre esta cuestión la reciente postura de VALLET, obra últ. cit. págs. 93 y ss. y 102 y s.

posición y no la exposición del número de hijos del matrimonio o matrimonios del testador, que es una mención irrelevante hasta el punto que su omisión en nada afecta a la validez del testamento, y no teniendo relevancia jurídica normalmente, no hay razón para que la tenga en esta excepción.

Si en el testamento se expresa o de su tenor se deduce la intención del testador, no puede hablarse de omisión, de olvido, ni de preterición intencional, sino de desheredación.

Si en el testamento no se expresa, ni de su tenor se deduce la intención del testador, no puede hablarse de preterición intencional, ni de intención, sino de olvido, omisión o simplemente de preterición (83).

b) Desheredación y preterición.

Hay otros casos que, al margen de la pretendida preterición intencional, pueden plantear dudas cuando se los pretenda incluir entre los de desheredación o de preterición.

Vamos a examinar dos hipótesis, una causada por la revocación de la institución de heredero de un legitimario y otra por la revocación testamentaria del único legado hecho a un legitimario.

Primera. El testador instituye heredero a un legitimario y en un testamento posterior revoca la institución, instituyendo otro u otros herederos y revocando totalmente el testamento anterior o limitándose a revocar la institución, si hay acrecimiento, subsistiendo en lo demás el testamento anterior.

Distingamos el supuesto en que el testador diga que revoca la institución al legitimario e instituya a otras personas, legitimarios o no. Creemos que la revocación es expresa en este caso, es equivalente a una desheredación, que si expresa la causa de la revocación y ésta está comprendida en los artículos 852 y ss. y se prueba, estamos ante una desheredación justa y en otro caso injusta. La desheredación es en esencia revocación de la cualidad de heredero latente en un legitimario hecha en testamento. Que la cualidad revocada haya sido previamente reconocida en un testamento anterior, como en nuestro caso, o no, carece de relevancia. Es lo mismo, para nosotros, la revocación de la cualidad de heredero latente en el legitimario nunca reconocida que la revocación de la cualidad de heredero reconocida en un testamento anterior. Desheredación usual, la del primer caso, y por revocación expresa de la institución, la del segundo.

Si el testador revoca la institución de heredero del legitimario

(83) VALLET DE GOYTISOLO *ob. ult. cit.*, nota 137 pág. 39, se inclina por la preterición, sin aludir a la intencional, "en el caso de nombrarse todos los hijos en la exposición y faltar uno en la disposición, sin señalar en ésta el número de los hijos, instituyéndolos por partes iguales y sin dato alguno que traduzca claramente la intención del testador de excluir al omitido en la disposición"; pero si enumera en la exposición que tiene seis hijos e instituye por quintas partes iguales a cinco, cree que es un dato que indica la intención de desheredar. Nosotros no lo vemos así, en el último caso.

subsistiendo en lo demás el testamento anterior, haciendo o no en el nuevo otra institución, creemos que estamos ante un caso de desheredación justa o injusta idéntico al anterior, ya que ambos testamentos rigen la sucesión del causante como si fuera uno solo (84).

Segunda. El testador revoca en testamento el único legado hecho al legitimario subsistiendo en lo demás el testamento anterior u otorgando otro en el que dispone de la totalidad de su herencia.

Así como la desheredación en el caso de revocación expresa de la institución de heredero hecha al legitimario nos parece clara, ya que la única diferencia con la desheredación reside en algo accidental y es referir la revocación a la institución de heredero del legitimario ya reconocida en un testamento anterior; en el caso que contemplamos la preterición nos parece también clara (85).

La cuestión tiene un planteamiento diverso que el caso anterior. La desheredación y la institución son incompatibles. El desheredado sólo puede ser heredero intestado, no instituido en testamento. Cuando institución, desheredación y preterición eran tres figuras incompatibles, no podía plantearse el problema que ahora analizamos.

En el Derecho romano, al menos en el anterior a la Novela CXV, la desheredación era compatible con el legado y éste nada tenía que ver con la preterición.

En el C. c. el legado hecho al legitimario e imputable a su legítima es incompatible con la preterición, pero no creemos que lo sea, como dijimos, con la desheredación. Implicará, si se quiere, cierta rareza, algo extraño, pero no algo incompatible, no algo contradictorio o algo absurdo.

La clave de la transformación reside en que desheredación y preterición fueron incompatibles hasta la Novela CXV y después de ella una misma cosa, si la desheredación no era justa, mientras que el legado no tuvo relaciones con la preterición hasta nuestro C. c. Antes de él podían existir legados y no haber preterición, porque la había impedido la desheredación o la institución, o existir legados y haber preterición, porque no se había instituido ni desheredado al *suus heres* o al *liber* legatario, o no se había instituido ni desheredado justamente al ascendiente o descendiente legatario.

En el C. c., si el legado hecho al legitimario es imputable, aunque sólo sea en parte, a su legítima, no hay nunca preterición, aunque, repetimos, puede hacerse un legado a un legitimario desheredado, ya que la desheredación es la negación expresa de la cualidad de heredero latente en el legitimario, y que en el Derecho histórico anterior a la Novela CXV no fue incompatible con el legado, sino

(84) VALLET DE GOYTISOLO ob. últ. cit., págs. 42 y s., también los cree supuestos de desheredación.

(85) VALLET DE GOYTISOLO da idéntico tratamiento jurídico a la revocación de la institución y a la del legado hechas expresamente y las estima desheredaciones.

todo lo contrario, y en el posterior, en que la desheredación se redujo a la justa, creemos que tampoco.

El legado es en el Código civil un antídoto contra la preterición, es un reconocimiento del legitimario, no un desconocimiento, como lo era para el Derecho romano, porque en él la preterición afloraba cuando no se reconocía ni se revocaba la cualidad de heredero latente en el legitimario, y en el C. c. el legado impide también que aflore la preterición.

En el C. c. el legado se ligó a la exclusión de la preterición, pero sigue desconectado de la desheredación, porque ésta es privación de la cualidad de heredero hecha expresamente o revocación de esa cualidad, y el legado no es ni reconocimiento ni revocación de la cualidad de heredero, sino una disposición ajena a ellas y compatible con ambas, que ahora excluye, además, y como ellas, la preterición.

La revocación expresa del legado no puede entenderse nunca como desheredación, porque ésta sigue siendo revocación de la cualidad de heredero, cualidad que nunca confiere el legado.

Por tanto, la revocación expresa del único legado hecho a un legitimario e imputable a su legítima, bien con subsistencia del testamento anterior en lo demás, bien con disposición total en el nuevo testamento (86), es siempre preterición, ya que el legado vive al margen de la desheredación y la mención del nombre del legatario no impide la preterición, conforme al artículo 815, porque, como hemos dicho reiteradamente y creemos haber demostrado, sólo es supuesto de hecho de este artículo la mención que individualiza el elemento personal de un negocio jurídico *mortis causa* o de una donación *inter vivos* por su reflejo sucesorio.

II. LA NULIDAD DE LA INSTITUCION DE HEREDERO COMO EFECTO DE LA PRETERICION

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De los efectos de la preterición nos hemos ocupado con bastante amplitud en otra ocasión (87).

El efecto de la preterición recae sobre la institución de heredero (88).

Lo que vamos a plantear aquí únicamente es la naturaleza jurídica de la acción derivada de la preterición.

(86) En el caso de revocación total del testamento, la revocación expresa del legado es inoperante jurídica y absolutamente, cosa que no ocurre con la revocación expresa de la institución del legitimario, aun revocándose totalmente el testamento, porque tiene valor de desheredación.

(87) Véase nuestra ob. cit., págs. 121 a 130.

(88) Para no desviar mucho nuestro trabajo, no vamos a exponer ahora las dudas que nos ofrece una figura jurídica que aceptábamos y ahora empezamos a no comprender, merefiero a la herencia sin heredero supuesto literal del artículo 891 del C. c. y del art. 83 del R. H.

La preterición afecta a la institución de heredero, mas se discute si el efecto que causa es rescisorio, como pretende VALLET DE GOYTISOLO (89), o es un efecto más profundo, como sostiene CÁMARA (90) y también nosotros (91), es decir, es una acción de invalidez, de nulidad.

Una u otra tesis no tienen más relevancia que plazo de prescripción de la acción en el conflicto entre el heredero aparente y el heredero real, mas en el conflicto entre este último y el adquirente de aquél, la divergencia es más profunda, porque habrá una adquisición a *domino* o a *non domino*.

B. LA TESIS DE LA ACCIÓN RESCISORIA: CRÍTICA

Los argumentos aducidos en favor de la naturaleza rescisoria, la acción derivada de la preterición en el Código civil por VALLET DE GOYTISOLO (92), no nos parecen decisivos. nos suscitan muchas dudas.

a) El argumento histórico.

“Los precedentes históricos y antecedentes legislativos de nuestro C. c., que van marcando la absorción del *ius dicendi nulum* del testamento por la *querela inofficiosi testamenti* concretada a invalidar la institución de heredero”, según VALLET DE GOYTISOLO (93).

Sin embargo, la *querela* no guarda relación con la preterición en el Derecho romano, sino con la inoficiosidad. Después de la Novela CXV se conservó su nombre, pero con un contenido distinto.

La *querela* fue una acción de anulabilidad (94) fundada en la sospecha o ficción de locura del testador, que en el momento de su muerte no se acordaba de sus deberes de piedad hacia sus más íntimos parientes.

La inoficiosidad se tuteló en las dos últimas fases con la *actio ad supplendam legitimam* y con la nulidad parcial del testamento, si había preterición o desheredación injusta, siendo indiferente en estos dos últimos casos que hubiese inoficiosidad total o parcial. Después de la Novela CXV era imposible el ejercicio de la *querela* por inoficiosidad, porque es incompatible con la institución de heredero del ascendiente o descendiente, procediendo el suplemento, si había institución y si faltaba la institución, o había preterición o desheredación justa, en el supuesto de preterición no procedía la *querela*, y en el de justa desheredación tampoco, porque no había inoficiosidad.

La Novela CXV aparece una decena de años después de compuesto el *Corpus Juris Civilis* y las modificaciones que introduce no se reflejan

(89) Ob. últ. cit., págs. 69 y ss. especialmente 89 y ss.

(90) Ob. cit., nota 152, pág. 809.

(91) La legítima... cit., pág. 129.

(92) Ob. y lugares ult. citados.

(93) Ob. últ. cit., págs. 69 y ss. y 89.

(94) Vocri, ob. cit., pág. 994.

en éste, a diferencia de lo que sucede con la introducción de la *actio ad supplendam legitimam*, que acontece en el período compilador y se refleja incluso en el Digesto con interpolaciones, así en el pr. ley 25 T. 2 L. 5 y en el párrafo 28 L. 3 T. 2 L. 38 respecto a la imputación de donaciones *inter vivos* con cláusula expresa para adaptarlos a lo dispuesto en el Código (3,28) 35,2. De ahí, la cuestión primordial, que es la suerte sufrida por el T. II del L. V del Digesto de *inofficioso testamento* a causa del cambio de régimen introducido por la Novela CXV, a partir de la cual desapareció el último reducto de la *querela*, la inoficiosidad total, absorbida siempre en la preterición o en la desheredación injusta.

Las Partidas reciben el régimen legitimario romano introducido por la Novela CXV, pero mezclándolo con reglas que no se avienen con su régimen. La L. 5.^a T. 8 P. 6.^a exigía al padre dejar a su hijo su legítima como heredero, y si se lo dejaba en manda podía quebrantar el testamento. Este quebrantamiento del testamento tiene en la L. 1 T. 8 P. 6.^a dos sanciones diversas que no existían en el régimen de la Novela citada últimamente. Una, en el caso de la “desheredación a tuerto e sin razón”, que “puede fazer querella al Juez para quebrantar el testamento en que lo ouiese desheredado... E tal demanda como ésta es llamada en latín *Querela inofficiosi testamenti*, que quier dezir, como querella que se faze de testamento que es fecho contra el oficio de piedad e de merced que el padre ouira a ser del hijo”; y otra en el caso de preterición (“non fiziese emiente en el testamento”), “heredandolo nin desheredandolo, el testamento como este non se quebrantaria; pero non vale nin es nada. E porende, pues que non deue valer, non se puede quebrantar...”, definiendo en la E. 10 T. VIII, P. 6.^a la preterición en iguales términos: “non faziendo emiente de su hijo, heredandolo nin desheredandolo”. La L. 4.^a T. 8 P. 6.^a fija un plazo de cinco años para el ejercicio de la querella por el desheredado. Por último, en la L. 10 T. VII P. 6.^a contrapone la desheredación justa a la injusta y a la preterición y señala que en estos dos últimos casos no valía el testamento (“ça de otra guisa non valdría el testamento”), es decir, equiparaba los efectos de la preterición y la desheredación injusta o, si se quiere, decretaba la nulidad del testamento que contuviese una desheredación (donde no se nombrase al hijo mostrando la razón cierta y diciendo que por la misma lo deshereda), señalando idéntica sanción a la desheredación injusta y a la preterición. En otro párrafo de esta misma ley dice que si “el padre non dixese en su testamento razón cierta, por que desheredaua a los que descenden del, o por que non fazia enmiente dellos en su testamento... dezimos que el fijo deue auer la heredad de su padre, e el extraño que fuere escirto en el testamento non deue auer ninguna cosa”, donde usaba indistintamente las palabras desheredación injusta (sin expresión de causa) y preterición (95).

(95) Que no era expresa, porque no hacía mención del hijo ni de la razón por la cual no lo mencionaba.

El régimen legal evoluciona en favor de la equiparación entre preterición y desheredación injusta, de acuerdo con la Novela CXV, como se desprende de la ley XXIV de Toro, que al dictar las consecuencias de la preterición y la desheredación en la mejora le dio idéntico tratamiento jurídico y sustituyendo en este punto la L. 6.^a T. 8 P. 6.^a, como vimos.

En el C. c., la inoficiosidad total se tutela con la preterición y la desheredación injusta, en los que está absorbida necesariamente, según nuestra interpretación del artículo 815, para el cual sólo la disposición *mortis causa* imputable a la legítima impide la preterición, que ahora es material, porque lo relevante es la asignación a la legítima y no el título del legitimario y la inoficiosidad parcial se tutela con la acción de suplemento de la legítima y también, en su caso, con la desheredación injusta y la preterición. En unos u otros casos, no hay margen para la *querela inofficiosi testamenti*, como tutela de la inoficiosidad, sea total o parcial.

Cierto que las Partidas, como acabamos de ver, distinguían en algunos casos la preterición de la desheredación injusta, aplicando a ésta y no a aquélla el régimen de la *querela*; mas creemos que esta aplicación de la *querela* a la desheredación injusta fue motivada por la recepción de normas anteriores a la Novela CXV en clara desarmonía con ella.

Si quisiésemos buscar una ascendencia histórica a la *querela* en nuestro C. c. tendríamos que entroncar el artículo 851 (relativo a la desheredación injusta) con las leyes 1.^a y 4.^a del T. VIII P. 6.^a, que refieren el remedio de la querrela a la desheredación injusta, renaciendo la *querrela* como tutela de la desheredación injusta y no de la inoficiosidad para tutelar, la cual nació en el Derecho romano. Sin embargo, VALLET DE GOYTISOLO niega rotundamente esa razón histórica a la bifurcación preterición (art. 814) y desheredación injusta (art. 851) y afirma, certeramente, que la distinción entre una y otra es puramente cuantitativa (96).

Ahora bien, si se niega a la desheredación injusta entroque histórico con la *querela*, como nosotros sostenemos, el argumento histórico de la absorción del *ius dicendi nullum* del testamento por la *querela inofficiosi testamenti* es muy dudoso, siendo para nosotros claro el contrario: la absorción de la *querela* por el *ius dicendi nullum*, lo que lleva a construir la naturaleza de la acción derivada de la preterición y de la desheredación injusta como acción de nulidad y no como acción rescisoria (97).

b) Los otros argumentos.

(96) Ob. cit., págs. 89, in fine y s.

(97) Aparte de que la *querela*, como hemos dicho, no fue en Roma acción rescisoria, sino de anulabilidad, fundada en una suposición de locura del testador que incumplía sus deberes de piedad.

Otros argumentos de VALLET DE GOYTISOLO (98) favorables a la construcción de la acción derivada de la preterición como rescisoria son: "la posibilidad de convalidar la institución de heredero por renuncia del preterido a impugnarlo o por convenio de éste con los instituidos" y "su no declaratividad de oficio".

1) La convalidación del negocio nulo ha sido defendida con carácter excepcional y recientemente por DE CASTRO (99) y concretamente la del testamento, por vicio de forma (art. 687).

La ineficacia de los negocios jurídicos *mortis causa* no puede tratarse con los cánones dictados para los actos *inter vivos*; los vicios de voluntad derivados de la edad, incapacidad o locura, o de violencia, dolo o fraude, no se incluyen en los supuestos de anulabilidad, sino de nulidad (100).

La preterición y la desheredación injusta son facultades inherentes al legitimario, facultades negativas o de impugnación de los actos del causante, que contravienen la especial y relativa prohibición de disponer llamada legítima, a fin de que pueda adquirir *mortis causa* y como heredero intestado (101).

La acción derivada de la preterición es medio para un fin, heredar abintestato. El legitimario puede aceptar o repudiar la herencia. Si puede repudiar la herencia, también podrá renunciar al medio para conseguirla. La repudiación de la herencia es acto enteramente voluntario y libre (art. 988), es irrevocable (art. 997), y como el legitimario preterido es siempre heredero intestado, no puede entrar en juego el supuesto de hecho del párrafo último del artículo 1.009. La certeza de su derecho a la herencia exigida por el artículo 991 no puede ser la cualitativa por oponerse a ello el párrafo primero del artículo 1.009 y que el legitimario preterido tiene derecho a la herencia como heredero abintestato es indudable. El artículo 816, al negar validez a la renuncia y transacción sobre la legítima futura expresamente, admite implícitamente la validez de la renuncia y transacción (convenio) a la legítima abierta, o mejor, a las facultades de impugnación sobre la legítima (102).

Si se admite la convalidación de un testamento nulo por vicio de forma o, quizás mejor, la convalidación de todos los negocios jurídicos *mortis causa* contenidos en un testamento o, si se quiere, de todas las disposiciones *mortis causa* contenidas en él, no se contraría la excepción a la regla de no convalidación de uno de los negocios jurídicos *mortis causa* o de una de las disposiciones *mortis causa* vaciados o contenidos en el testamento, como es la institución de heredero (103),

(98) Ob. últ. cit., págs. 78 y ss. y 90.

(99) El negocio jurídico. I. N. E. J. Madrid 1967, págs. 485 y s.

(100) Así DE CASTRO, ob. cit., págs. 502 y ss. respecto a los supuestos del artículo 673 del C. c.

(101) Véase nuestra obra "La legítima..." cit., págs. 87 y ss.

(102) Véase nuestra ob. cit., págs. 155 y ss.

(103) No es que afirmemos que la preterición sea un vicio de forma, sino un vicio de nulidad derivado de un choque con la ley.

que tiene, además, preceptos claros en el C. c., ya que así lo exige una interpretación teleológica, pues si se admite la validez de la renuncia del fin (repudiación de la herencia), implícitamente ha de ser válida la del medio (renuncia a la acción derivada de la preterición), como acabamos de ver.

Por otra parte, la convalidación de un testamento nulo por vicio de forma es, en nuestra opinión, mucho más fuerte que la de un negocio jurídico que contraría la ley. Nos fundamos en que la declaración, cuyo presupuesto es la voluntad, no tiene ningún vicio en el caso de preterición, mientras que si la declaración adolece de un vicio de forma, no se ha emitido con las garantías, o mejor dicho, en el medio exigido por la ley con carácter exclusivo, o sea, que no se ha emitido en el único medio viable.

En nuestro C. c., a diferencia de los Códigos civiles italianos de 1865 (104) y de 1942 (105), no contiene ningún precepto legal que admita la convalidación del testamento nulo por vicio de forma; no obstante, nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1906 y 28 de febrero de 1908 (106) y la Resolución de 26 de septiembre de 1904 admiten la convalidación fundándose en la renunciabilidad de los derechos, consagrada en el artículo 4.º párrafo 2.º, negando legitimación para pedir la nulidad del testamento a quien previamente prestó su conformidad o asentimiento al mismo.

No es, pues, necesario acudir a la configuración de la acción derivada de la preterición como acción anulable o rescisoria para explicar la convalidación de la institución de heredero.

2) Además, a la construcción de la acción derivada de la preterición como rescisoria se oponen los artículos 1.290, 1.291 n.º 5.º; 4-1.º, el fundamento de la preterición y la teoría del heredero aparente.

Es indudable que la preterición es un acto contrario a la ley, al artículo 814 del C. c. y su cauce jurídico es el artículo 4.º-I y, por tanto, el acto es nulo, pero con la nulidad concretada, no en el testamento o en todos los negocios jurídicos o disposiciones en él contenidos, sino sólo en la institución de heredero (art. 814), ya que si las leyes pueden decretar la validez de los actos contrarios a ellas, también podrán decretar la nulidad parcial o validez de unos y la nulidad de otros.

El artículo 1.290 exige que el contrato rescindible sea válido y de los artículos 814 y 4.º se desprende la nulidad y no la validez de la institución.

(104) Artículo 1.311.

(105) Artículo 590. Para un estudio de esta cuestión en el Derecho italiano puede verse la monografía de PASETTI: *La sanatoria per conferma del testamento in della donazione*. Padua. Cedam., 1953

(106) DE CASTRO, ob. cit., pág. 486, nota 53, cita además la sentencia de 18 de junio de 1928.

Por último, el artículo 1.291-5.º dice: “Son rescindibles: ...5.º Cualesquiera otros (contratos) en que especialmente lo determine la Ley”. Admitiendo, lo que no nos parece dudoso, extender la rescisión de los contratos a los negocios jurídicos, será necesaria la ley que la determine. Es una consagración del *numerus clausus* en materia de ineficacia sobrevinida por rescisión (107).

No creemos que nuestro C. c. consagre la preterición como rescisión.

3) El fundamento de la sanción de la preterición reside no tanto en la contravención de la ley de las legítimas como en la sanción a la incuria del testador, porque el mal ejercicio de sus poderes dispositivos *mortis causa* le acarrea una responsabilidad.

La institución y desheredación no eran en el Derecho romano una formalidad del testamento, sino más bien una sanción al no ejercicio de los poderes del *pater*, quien podía revocar la cualidad de heredero del *suus* o del *liber* o reconocerla, y si no lo hacía incurría en una responsabilidad, sancionada con la invalidez del testamento por preterición.

Estos poderes van limitándose cada vez más; en principio no tenían más límite que la *exheredatio*; después surgió al lado de esta limitación la inoficiosidad; por último, la institución fue la única forma de su ejercicio.

La incuria del testador en el ejercicio de sus facultades dispositivas contraviniendo sus límites, preterición o inoficiosidad, tuvo dos sanciones: la nulidad de la institución en caso de preterición y la reducción de la disposición, si la inoficiosidad ocurría a pesar de la institución.

El C. c. no alteró el sistema en su esencia; se limitó a ampliar los poderes del testador relajando la formalidad de la institución y admitiendo un ejercicio más flexible de los poderes, ampliando en consecuencia éstos. Así, el testador usaba o ejecutaba sus poderes frente al legitimario tutelado rigurosamente por la ley, no sólo instituyendo o desheredando al legitimario, sino haciéndole un legado o imputándole o recordándole la imputación de una donación en el testamento.

Si ejercitaba sus poderes en cualquiera de estas cuatro formas, su voluntad merecía tutela en tanto en cuanto no infringiese la *portio legitima*, es decir, que la inoficiosidad cuantitativa y cualitativa era el único ataque que recibía su voluntad, y que, además, no podía superar el límite de la extralimitación de la legítima.

Los remedios frente a la inoficiosidad son la acción de reducción cuyo reverso es la acción de suplemento (inoficiosidad cuantitativa y nulidad total o parcial de los gravámenes, plazos o condiciones de la disposición inoficiosa cualitativamente) inoficiosidad cualitativa y nuli-

(107) DE CASTRO, ob. cit., pág. 521 admite, no obstante la aplicación a situaciones análogas.

dad parcial de la institución de heredero en caso de desheredación injusta en la que queda absorbida, en su caso, la inoficiosidad total y que es una mitigación del régimen anterior en aras a la voluntad clara del testador y al ejercicio de un poder de cuya modalidad había sido privado el testador desde la Novela CXV, pero que antes de ella había sufrido otra limitación por vía de la *portio debita* y sancionada con la *querela* y que ahora es menos rigurosa, ya que no provoca la anulación del testamento, sino sólo la nulidad parcial de la institución.

Ahora bien, si el testador no ejercita los poderes que la ley le confiere respecto a sus íntimos parientes en un testamento, ya sea desheredándolos justa o injustamente, imputándoles o reconociéndoles donaciones, legándoles una cosa o cuota de la herencia o instituyéndoles herederos, la propia ley sanciona su incuria con la preterición y le anula la institución de heredero para que reviva la cualidad de heredero ínsita en el legitimario, si éste lo insta o pide.

Se trata de una responsabilidad del testador, sancionada con la nulidad de la institución de heredero y en la que se incurre por no ejercitar unos poderes que se le confieren para el cumplimiento de los deberes de piedad hacia los parientes íntimos.

Si el poder se ejercita injustamente, revocando sin razón la cualidad de heredero, imponiéndole gravámenes, condiciones, plazos o modos o asignándole cosas o cuotas inferiores a la legítima, la incuria es menos grave y la sanción más leve, graduándose, además, según los casos.

La preterición como desconocimiento de la cualidad de heredero latente en el legitimario, exteriorizada en el no reconocimiento de esa cualidad, en la no negación o en la no atribución material de su participación en la herencia, es un acto contrario a la ley de las legítimas, que reconoce en el legitimario una cualidad en potencia de heredero que sólo el testador puede confirmar, revocar o desviar, y si no lo hace en su testamento, éste contraría la ley de las legítimas.

La preterición es la infracción de la limitación impuesta a la libertad de testar en atención a la cualidad de heredero latente en legitimario.

Los poderes dispositivos del deudor o del representante del menor o del ausente no están sujetos a ninguna restricción en la cual pueda fundarse la rescisión; al contrario, ésta es "un remedio *in extremis*, arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley, pero que se estima especialmente injusto" (108).

4) El argumento de la no declaratividad de oficio no es decisivo después de lo que hemos dicho. No obstante, creemos que debe declararse, si se prueba la preterición, si se alega simplemente el Juez podrá comprobarla en virtud de una diligencia para mejor proveer. Si la acción es renunciable, si pueden celebrarse convenios

sobre ella, si la preterición es convalidable, probados documentalmente cualquiera de estos actos, no procede la declaración de oficio; pero si el preterido está ausente y hay pruebas de su preterición, debe declararse de oficio.

c) La cuestión del heredero aparente.

Si la rescisión es una acción que actúa *in personam* y *ex nunc* (art. 1.295) y los negocios jurídicos rescindibles son válidos (art. 1.290), la disposición hecha por el heredero aparente de bienes herenciales antes de rescindirse la institución es válida e inatacable frente al adquirente de buena fe. Tanto el negocio jurídico *mortis causa* (institución de heredero) como el *inter-vivos* (venta del bien herencial adjudicado) son válidos.

Si la institución es nula, la acción derivada de la preterición actuará *in rem* y *ex tunc* y la nulidad de la institución acarreará la de la enajenación del heredero aparente, siendo ambos negocios jurídicos nulos.

No vamos a hacer una exposición de la figura del heredero aparente (109), sino a centrar la cuestión en la preterición.

El heredero aparente es el heredero instituido en virtud de un negocio jurídico *mortis causa* inválido o el heredero declarado por la improcedente apertura de una sucesión intestada.

La invalidez de la institución de heredero puede provenir de la revocación del testamento por otro posterior o de la nulidad del testamento por cualquier vicio de forma (art. 687), de voluntad (673), etcétera, o de la existencia de un testamento que impida la apertura de la sucesión intestada conforme al artículo 912.

El heredero aparente puede ceder su llamado "derecho hereditario", puede enajenar bienes herenciales concretos, si es único o después de la partición, si hay dos o más herederos.

(109) Puede consultarse entre otros los siguientes trabajos: BIONDI: *Diritto ereditario romano*. Milán. Giuffré 1954, págs. 402 y ss., especialmente 411 y s. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *El Registro de actos de Última Voluntad* publicado en el año 1930 en la R. C. D. I. y reproducido en sus *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil* T. III. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid 1948, págs. 399 y ss. FONCILLAS: *El heredero aparente* R. C. D. I., páginas 81 y ss. ROMERO VIETEZ: *Medios de acreditar la vigencia de un testamento: el Registro General de Actos de Última Voluntad*. Madrid 1950. JORDANO BAREA: *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros* A. D. C. julio-septiembre de 1950, págs. 673 y ss. LADARIA CALDENTEY: *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona. Bosch., 1952, págs. 228 y ss. ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario* T. I. Barcelona. Bosch., 1948, págs. 480 y ss. SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho hipotecario* T. I., I. E. Reus. Madrid 1955, págs. 388 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Los artículos 28 y 207 de la L. H. y el principio de legitimación registral* R. C. D. I., 1947, págs. 464 y ss. LA-CRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*. Zaragoza 1957, páginas 281 y ss. y también en *Derecho de sucesiones. Parte general*. Barcelona. Bosch., 1961, págs. 594 y ss. DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*. Barcelona. Bosch. 1965, págs. 277 y ss. y nuestra ob. cit., pág. 192.

El supuesto de venta de la herencia por el heredero aparente, si éste es único, está regulado en el artículo 1.531 del C. c. "El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero." Si es un heredero aparente, no podrá responder y estará sujeto al saneamiento por evicción.

Si vende una o más cosas de la herencia o todas enumerándolas o describiéndolas, el tratamiento jurídico es idéntico, hay evicción, el comprador puede exigir el saneamiento al heredero aparente, conforme a los artículos 1.475 y ss. del C. c. y el heredero real recuperará los bienes herenciales ejercitando la acción reivindicatoria.

Si el heredero aparente es uno de los coherederos y cede su "derecho hereditario", la solución debe gobernarse por el artículo 1.531, ya que entre supuesto de hecho de este artículo y el caso que ahora examinamos hay la misma *ratio iuris* y procede la *analogía legis*.

Si vende bienes concretos el heredero aparente y hay varios herederos, será necesaria la partición o la previa adjudicación, como hemos sostenido en otra ocasión (110), mas tanto la partición como la previa adjudicación son nulas, conforme al artículo 1.081, que dice: "La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula". Este precepto, como dijimos en otra ocasión (111), da un tratamiento jurídico específico al heredero aparente en la partición y decreta la nulidad de la misma. Por tanto, estamos también en un caso de evicción, pudiendo el comprador exigir el saneamiento al heredero aparente y el real reivindicar las cosas herenciales vendidas.

Si la cesión de la herencia o de la cuota hereditaria, o la enajenación de bienes concretos se hace por otro contrato traslativo del dominio y oneroso, el tratamiento jurídico es idéntico por existir la misma *ratio iuris*.

Si el contrato es gratuito, si es una donación, la evicción y el saneamiento se rigen por el artículo 638 del C. c.

La nulidad de la enajenación de bienes herenciales hecha por el heredero aparente está presupuesta por el artículo 28 de la L. H., que suspende la vigencia del artículo 34 de la L. H. durante dos años contados desde la muerte del causante. Esta norma contiene una importante interpretación legal, en el sentido de considerar nulo el título del heredero aparente, ya que si fuese válido sería superfluo el juego del artículo 34.

Si la acción derivada de la preterición fuese rescisoria, las enajenaciones o cesiones del heredero instituido serían válidas, ya que su

(110) Véase nuestro trabajo: Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo. R. D. N. julio-diciembre de 1965, páginas 83 y ss. La partición o previa adjudicación deben hacerse en escritura pública a efectos del tracto sucesivo registral, pero son válidas si se hacen de palabra o en documento privado, aunque en estos casos no serán inscribibles y tampoco la venta.

(111) La legítima en el Código civil cit., págs. 160 y s.

título adquisitivo sería rescindible, y mientras no se rescindiere sería un heredero, que no nos atrevemos a calificar de aparente porque su título adquisitivo es válido, aunque rescindible, porque perjudica al legitimario preterido. Rescindido el título, no procedería la reivindicación de heredero real, no habría evicción ni saneamiento y la partición, en su caso, no se habría hecho con uno a quien se creyó heredero sin serlo, sino con un heredero que después dejó de serlo.

Todo esto no nos parece aceptable, máxime en un Derecho como el nuestro, en el cual uno de sus principios tradicionales es el de la "preferencia de la causa moral sobre la seguridad del tráfico" (112).

La sanción jurídica a la preterición no puede ser otra que la nulidad de la institución de heredero y la figura, en su caso, del heredero aparente del instituido.

Decimos en su caso, porque frecuentemente el heredero instituido no será un puro heredero aparente. Vamos a detenernos en esta cuestión.

Si el instituido es un extraño o un ascendiente no legitimario, la preterición causa la nulidad de la institución, lo mismo que si son varios los instituidos y ninguno es legitimario. En estos casos surge para la figura del heredero aparente y el tratamiento jurídico de sus actos dispositivos es el que hemos predicado para el heredero aparente hace poco.

Pero si el instituido o los instituidos son legitimarios, la cuestión cambia; se anula la institución de heredero, como en los casos anteriores, mas surge de nuevo esta cualidad en los instituidos por vía de sucesión intestada.

La aceptación hecha por el heredero testamentario, cuya institución se anula por preterición, es irrevocable.

Las consecuencias son muy relevantes, pues presentan un tratamiento jurídico diverso de los casos en que surge la figura del heredero aparente, y que aquí no existe o sólo se la puede admitir en un sentido muy amplio, centrandó el concepto en un título documental o formal y no en el título causal o material. El verdadero concepto es éste, ya que el heredero lo es en relación a una herencia y no a un documento o título.

El artículo 1.531 no puede entrar en juego como en el caso de evicción total, porque el vendedor de la herencia es heredero, aunque el comprador de la herencia adquiere ahora sólo la mitad o un tercio. No creemos que sea un caso de evicción parcial, al cual habría que aplicar por analogía el artículo 1.479-I. Entendemos que la venta de una herencia tiene un matiz aleatorio y deben aplicársele los preceptos que lo prevén, rigiéndose por el artículo 1.532.

Si el legitimario instituido ha vendido cosas concretas, entendemos que la venta es nula, consecuencia de la nulidad de la institución y de la necesidad de la partición y la previa adjudicación.

(112) Resaltado este principio por DE CASTRO: Derecho civil de España. Parte General I. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1949, pág. 423.

Si uno de los colegitimarios instituidos cede su llamado "derecho hereditario" y luego se anula por preterición la institución, siendo heredero intestado, creemos que la cesión es válida, y se rige por el artículo 1.532 por analogía. El hecho de que esa cuota disminuya o aumente (en este caso, v. gr., por repudiación de uno de los herederos instituidos), hace preferible aplicar dicho artículo, que refleja el carácter, en cierto modo aleatorio, de los negocios sobre la herencia indivisa.

Si se hizo la participación o la previa adjudicación y la venta de una o más cosas herenciales, y después se anula la institución por preterición de otro colegitimario, se plantea el problema de si juega o no el artículo 1.080 del C. c. En otra ocasión hemos negado la aplicación, su aplicación al caso de preterición, fundándonos en que tenía su regulación en el artículo 814 (113), y así también lo afirma la S. de 15 de octubre de 1957. Sin embargo, quizás sea exacta la opinión contraria (114). El supuesto de hecho del artículo 814 es diverso al del artículo 1.080, ambos supuestos no son incompatibles y el principio de conservación de la partición debe respetarse y salvarse mediante el pago al heredero preterido siempre que no haya habido dolo.

Si hubo dolo, la partición es anulable y la acción de anulación actúa *in rem* y *ex tunc* (art. 1.303 del C. c.) y arrastra, por tanto, la nulidad de la venta.

Si no hubo dolo, la partición es válida y el preterido sólo puede exigir el pago de la parte que proporcionalmente le corresponda, siendo válida la venta.

Cuestión diversa ocurre si además de los legitimarios instituidos lo están también uno o más extraños y hay preterición. En este caso, aunque la venta de cosas herenciales se haya realizado por un legitimario que no sea heredero aparente, es nula, porque lo es la partición conforme al artículo 1.081. Si lo que hubo es cesión del derecho hereditario por el legitimario, la solución no varía, es válida y regida por el artículo 1.532. Si cedió o vendió el instituido no legitimario, venta y cesión son nulas y habrá evicción y saneamiento.

III. CONCLUSION FINAL

Desheredación es la negación expresa de la cualidad de heredero latente en un legitimario.

La desheredación es justa o injusta. Aquélla es negación expresada en el testamento, fundada en una causa legal y que se prueba. Esta es también negación expresada en el testamento, con causa legal que no se prueba, con causa no legal o sin mención de la causa.

(113) En nuestra ob. últ. cit., pág. 163.

(114) Sustentada por VALLET DE GOYTISOLO, ob. últ. cit., págs. 101.

Preterición es el total desconocimiento en el testamento de la legítima de un legitimario.

No desconoce la legítima quien expresamente la niega justa o injustamente (desheredación) ni quien en su testamento dispone o reconoce haber dispuesto de algo imputable a la legítima de un legitimario.

La disposición o reconocimiento ha de hacerse en testamento y puede consistir en la institución de heredero del legitimario o en un legado o en una donación imputable a la legítima.

Lo importante es la atribución al legitimario y no el título; por esto la preterición es siempre material; si no hay asignación de una cosa o cuota imputable a la legítima, hay preterición. La mención de legitimario relevante es la del sujeto de un título adquisitivo *mortis causa* o de una titularidad de un derecho imputable a la legítima.

La mención testamentaria extraña a un título adquisitivo que no se refleje en la legítima por el túnel de la imputación es una fórmula irrelevante jurídicamente, a menos que implique desheredación. Pero en este caso estamos al margen de la preterición. Por estas razones, la preterición formal como atribución de la legítima fuera de la institución es ajena al Código civil.

La inoficiosidad total está absorbida en la preterición o en la desheredación. En aquélla, en cuanto que sólo impide la preterición la disposición testamentaria imputable a la legítima, siendo preterición la inoficiosidad total no embebida en la desheredación injusta y siendo imposible la inoficiosidad total sin preterición, salvo en los casos de desheredación injusta.

La inoficiosidad total, si hay desheredación injusta, es desheredación y no inoficiosidad.

La inoficiosidad total no es posible en nuestro Código civil, y si admitiésemos que lo fuese solamente a efectos dialécticos, su admisión se fundaría en la existencia de menciones testamentarias extrañas a los títulos adquisitivos con los que el testador puede cumplir con la legítima; mas este caso, inadmisibles legalmente, encontraría un nuevo obstáculo al pretender explicar la adquisición de la legítima por el legitimario, la cual no podría explicarse como heredero intestado sin la previa nulidad total o parcial de la institución.

Si explicamos *ex lege* la adquisición, nos hundimos en el sistema germánico de delación forzosa como tercer género sucesorio, que desconsidera en absoluto la voluntad del testador. Con la grave consecuencia de que casos cualitativamente iguales, pero cuantitativamente muy diversos, tendrían idéntica solución. En el derecho germánico la cualidad de heredero es actual, nace automáticamente a la muerte del causante, no está latente ni es potencial.

El efecto de la preterición respecto de la institución de heredero es la nulidad de la misma. La rescisión no tiene explicación histórico-legal, no satisface las exigencias estructurales del negocio rescindible, que es un negocio jurídico válido, contraviene el fundamento de la

preterición y resuelve contra los principios de nuestro Código civil la calificación jurídica de los actos dispositivos del heredero aparente.

La preterición es un acto contrario a la ley, que consiste en el no ejercicio de los poderes del testador respecto a la posición jurídica sucesoria de sus legitimarios y sancionado con la nulidad de la institución.

Nulidad que es parcial en el caso de ejercicio injusto negando la cualidad de heredero al legitimario (desheredación).

Los demás abusos del testador en el ejercicio de sus poderes sucesorios frente a los legitimarios se sancionan con la reducción de sus disposiciones excesivas (inoficiosidad cuantitativa), rectificando legalmente la disposición o desconsiderándola plenamente (inoficiosidad cualitativa).

El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos

LUIS DIEZ - PICAZO
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. El incumplimiento contractual como un presupuesto del ejercicio de la acción de resolución del contrato.—2. La delimitación del concepto de “incumplimiento” en la teoría general de las obligaciones.—3. El incumplimiento resolutorio.—4. Las características del incumplimiento resolutorio según la jurisprudencia del T. S.: a) La voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido; b) El hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento; c) La coordinación de las dos exigencias jurisprudenciales.—5. El retraso en el cumplimiento y la resolución del contrato: las líneas generales de la doctrina jurisprudencial: a) La frustración del fin práctico perseguido; b) El interés atendible en la resolución.—6. Los casos de retraso resolutorio y la jurisprudencia del T. S.: a) El retraso resolutorio como incumplimiento puro y simple; b) El retraso no resolutorio: diversificación de supuestos.—7. El retardo y la mora dentro del cuadro de la resolución del contrato.

1. *El incumplimiento contractual como un presupuesto del ejercicio de la acción de resolución del contrato.*—Constituye uno de nuestros más queridos, comunes y generalizados tópicos, en materia de resolución de los contratos bilaterales o sinalagmáticos ex art. 1.124 Código civil, la afirmación según la cual el ejercicio de la acción resolutoria requiere “que haya verdadero y propio *incumplimiento*”, al cual no es equivalente, según se nos dice, el “mero retraso” en el cumplimiento de la obligación. Estas afirmaciones, nacidas y desarrolladas en el seno de la jurisprudencia del T. S., han sido recibidas y adoptadas por la doctrina de los autores, sin que se haya hecho, ni intentado, ningún análisis y ninguna puntualización previa. Ocuire, además, que, no obstante, ser el tema de la resolución de los contratos en virtud del juego del artículo 1.124 C. c. un tema de debate casi diario y de una constante aplicación en la práctica forense, no se ha llevado a cabo todavía un estudio detenido de los perfiles que el instituto de la resolución presenta en nuestro Derecho positivo vigente. Los autores, señaladamente en los manuales y en los tratados de Derecho civil, se limitan normalmente a transcribir o a resumir esquemáticamente los razonamientos de las sentencias

del T. S., dándolos por buenos y generalizando unos dichos que históricamente aparecieron muy condicionados por el planteamiento de los casos concretos. Ello le ocasiona al intérprete y al jurista práctico alguna perplejidad y alguna zozobra. ¿Es que cuando un contratante se retrasa o incide en mora, el otro contratante no puede ejercitar la acción resolutoria y desvincularse de la relación contractual?

Cuando el tema comienza a analizarse y se intenta desbrozar el camino, ocurre la primera sorpresa. La afirmación según la cual el “mero retraso” no es, en materia de resolución, equivalente al “incumplimiento verdadero y propio”, no es la afirmación genuina y original del T. S., que se encontraba mucho más matizada, sino que procede de ella por vía de simplificación y de generalización. Si bien se mira, lo que el T. S. ha dicho es que “el mero retraso no es *en algunos casos*, equivalente al incumplimiento”. De esta suerte, parece que hay unos casos en que el retraso es equivalente —a efectos de la acción resolutoria— al incumplimiento llamado verdadero y propio, y otros casos en que no lo es. ¿Cuándo y por qué se produce esta equivalencia y cuándo y por qué no se produce? La respuesta no aparece nada clara.

Por otro lado, una escisión tan tajante entre “verdadero y propio incumplimiento” y “mero retraso” exige que los dos términos de la disyuntiva se delimiten y se maticen con algún cuidado. ¿Cuándo hay “incumplimiento” y cuándo hay “retraso”? La respuesta tampoco es clara.

Finalmente, cabe observar que aunque el artículo 1.124 del C. c. establece en su párrafo 1.º como premisa de la resolución del contrato el que uno de los contratantes “no cumpliera” la obligación que le incumbe, en su párrafo tercero dispone que los tribunales decretarán la resolución de no haber causas justificadas que *autoricen* para señalar un plazo (1). Lo cual, rectamente entendido, parece que quiere decir que la regla general en los casos de retraso —pues si se puede todavía señalar un plazo es porque hay un simple retraso— es la resolución y que la no-resolución es algo excepcional que tiene que venir *autorizado* por una “causa justificada”, causa justificada que tampoco ha cuidado nadie de aclarar en qué debe consistir.

(1) MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VIII, 4.ª edic. Madrid, 1929, pág. 147, dice que la facultad concedida a los tribunales en el tercer párrafo del artículo 1.124 C. c. para otorgar un plazo, “únicamente podrá tener aplicación cuando el cumplimiento se refiera al tiempo y no revele el propósito de dejar en absoluto incumplida la obligación, y menos aún la imposibilidad de llevarla a cabo, pues únicamente en aquel caso tendría la concesión de plazo razón de ser y resultado”.

La interpretación del párrafo tercero del artículo 1.124 puede plantear algún problema en orden a la determinación de su alcance. Literalmente, el precepto parece referirse a obligaciones originariamente puras, puesto que habla de “señalar plazo”. Cabe, sin embargo, pensar que puede ser aplicado a obligaciones originariamente a término, en cuyo caso la facultad judicial sería de señalamiento de *nuevo* plazo o nuevo término, como dice el artículo 1.504.

2. *La delimitación del concepto de "incumplimiento" en la teoría general de las obligaciones.*—Para resolver el problema que hemos dejado planteado en las líneas anteriores, la primera tarea que se impone y que se hace preciso acometer es la de tratar de delimitar de algún modo el concepto de "incumplimiento", aparentemente sencillo, pero sólo aparentemente sencillo, y tratar de averiguar qué es lo que se quiere decir cuando al incumplimiento se le califica como "verdadero" y como "propio" y cuando se le contraponen al "mero retraso".

La doctrina navega en este punto por un mar de confusiones. "Hay que distinguir —se nos dice— aquellas causas de incumplimiento de la obligación que afectan a la esencia de ésta, haciendo imposible su realización, y aquellas otras que, sin afectar fundamentalmente al vínculo ni imposibilitar la prestación, suponen una defectuosidad o mal cumplimiento de lo convenido. En el primer caso se habla de incumplimiento propio. En el segundo caso, de incumplimiento impropio; su hipótesis más importante es la del incumplimiento con relación al tiempo que determina el concepto de mora" (2). El párrafo transcrito, que puede considerarse como una muestra muy caracterizada de lo que hoy es la doctrina dominante y generalmente admitida en nuestro país, implica ideas muy distintas y suma cantidades que son entre sí heterogéneas. En primer lugar, puede observarse que el análisis y la tipificación de los fenómenos aludidos no se monta, aunque otra cosa inicialmente se diga, sobre las "causas de incumplimiento". La pregunta por las "causas de incumplimiento" tendría que ajustarse al esquema "por qué se ha incumplido". Y la respuesta tendría que ser o bien porque el deudor ha querido incumplir, o bien porque no ha podido cumplir, y en este último caso, porque se lo ha impedido un hecho imprevisible e inevitable, o porque se lo ha impedido un hecho que pudo y debió preverse y evitarse. En nuestra doctrina dominante, el pretendido análisis sobre las "causas de incumplimiento" constituye en rigor un estudio sobre situaciones objetivas: lo que debía hacerse, no se ha hecho, se ha hecho mal o se ha hecho tarde.

En segundo lugar, obsérvese que se habla de unas "causas de incumplimiento" que afectan a la "esencia" de la obligación y de otras que sin "afectar fundamentalmente al vínculo suponen una defectuosidad", pero el modo cómo esas "causas de incumplimiento" afectan a la "esencia" de la obligación o al "vínculo", es algo que queda sin aclarar. Finalmente, situar el "incumplimiento con relación al tiempo", dentro del género del mal cumplimiento o cumplimiento defectuoso, no parece que sea acertado. Es verdad que aquello que se ha hecho tarde, no está bien hecho. Pero la hipótesis del retraso y de la "mora

(2) CASTÁN, *Derecho civil español*, tomo III, 7.^a edición, Madrid, 1951, página 117.

debendi" me parece que no es tanto el caso de lo que se ha hecho tarde como el caso de lo que todavía no se ha hecho.

Para tratar de deslindar nuestro tema y fijar de algún modo el concepto de "incumplimiento" dentro de la teoría general de las obligaciones, creo que cabe separar dos situaciones que *prima facie* se presentan como distintas. La primera situación es aquella en la cual el deudor no ha realizado la prestación debida que le incumbía ejecutar. Por el momento, y sin prejuzgar más, esta situación puede ser denominada como situación de "no-prestación" (3). La segunda situación, en cambio, es aquella en la cual el deudor ha realizado una prestación, pero esta prestación realizada por el deudor no coincide enteramente o no se ajusta por completo con el programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria. Para denominar esta segunda situación, cabe hablar de "prestación defectuosa" (4).

Tomemos ahora la primera de las hipótesis antes esbozadas, es decir, la hipótesis de "no-prestación". La situación que entonces contemplamos supone que, en el momento establecido para ello en el acto de constitución de la relación obligatoria o, si se prefiere, en el momento en el cual nos encontramos, no se ha realizado o ejecutado ninguna prestación. Pues bien, una situación semejante, objetivamente considerada, esto es, analizada en sí misma y, por consiguiente, sin enjuiciar, ni valorar la responsabilidad—culpa o no culpa—que en ella hayan podido tener las partes, adquiere unos perfiles claramente distintos según que se contemple teniendo en cuenta la posibilidad de una posterior o ulterior realización de la prestación por parte del deudor o teniendo en cuenta la posibilidad de una ulterior satisfacción de su interés por parte del acreedor.

Conjugando ambos factores, las combinaciones admisibles son tres.

1.º El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento oportuno en que estaba obligado a ejecutarla, pero la prestación es, objetivamente considerada, todavía posible y es todavía idónea para satisfacer el interés del acreedor. En todos estos casos, en rigor, hay un retraso, que puede llegar a convertirse en mora si se dan o aparecen los requisitos necesarios para colocar al deudor en esta especial situación jurídica—intimación, etc.—.

2.º El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento oportuno y la prestación en sí misma es todavía posible, pero es ya inidónea para satisfacer el interés del acreedor, porque el logro del interés demandaba, según lo estipulado, la ejecución precisamente en

(3) La expresión "no prestación" (Nichtleistung) puede encontrarse en HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, págs. 72 y sigs.

(4) La expresión "prestación defectuosa" o "prestación mal hecha" se encuentra generalizada en la doctrina germánica; cfr. GECHNITZER, *Schuldrecht*, Wien, 1965, págs. 49 y sigs.

el momento previsto (término esencial) (5). En este caso la “no prestación” es un “no cumplimiento” que se traduce en una definitiva insatisfacción del derecho del acreedor.

3.º El deudor no ha realizado ninguna prestación y, además, la prestación prometida se ha tornado sobrevenidamente imposible. En tal caso, la situación es también de no cumplimiento y de definitiva insatisfacción del derecho de crédito.

Con estas premisas como punto de partida creo que podemos tratar ya de situar el concepto de “incumplimiento”. Se advertirá en seguida que en éste como en tantos otros campos, el lenguaje de los juristas se debate entre equívocos. Pues en la idea de “incumplimiento” cabe observar matices distintos o diferentes cargas de sentido según que el fenómeno se contemple desde la perspectiva del deber jurídico que pesa sobre el deudor o desde la perspectiva del derecho o interés del acreedor. Desde el primero de los puntos de vista esbozados, lo que habrá que preguntarse es en qué medida el deudor ha observado o ha infringido el deber jurídico que le incumbe. Desde el segundo punto de vista, en cambio, la pregunta deberá dirigirse a investigar en qué medida ha recibido satisfacción o ha sido lesionado o vulnerado el derecho o interés del acreedor a cuyo logro la relación obligatoria se dirigía. Así las cosas, cabe un concepto muy amplio de “incumplimiento” considerando esta idea como sinónima de toda infracción del deber jurídico que el deudor soporta. El deudor incumple, o no cumple, siempre que infringe el deber jurídico que le atañe. En cambio, el concepto adquiere una tonalidad diversa y puede restringirse si la idea de infracción del deber jurídico se conjuga con la idea de satisfacción o de violación del derecho de crédito. Cabe de esta manera pensar que: a) la infracción del deber jurídico comporta una irremediable y definitiva lesión del derecho de crédito: o bien que, b) comporte una insatisfacción del derecho de crédito que es todavía remediable y por consiguiente no definitiva.

Coordinando cada uno de los factores que hasta aquí han ido apareciendo, podríamos establecer dentro del amplio género del “incumplimiento-infracción”, las siguientes especies:

a) Un incumplimiento definitivo y un incumplimiento no definitivo. El primero se produce si el término era esencial o si la prestación ha devenido imposible. El segundo, *grosso modo*, parece coincidir con la hipótesis de retraso.

b) Un incumplimiento total y un incumplimiento parcial.

c) Un incumplimiento por omisión de la prestación y un incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa.

(5) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Término esencial*, en A. D. C., VII, 3, 1954, págs. 937 y sigs.

3. *El incumplimiento resolutorio*.—Esbozada la anterior clasificación podemos preguntarnos ya cuál o cuáles son los tipos de fenómenos de incumplimiento que facultan a quien los sufre para ejercitar la acción de resolución del vínculo contractual (6).

No cabe duda de que un incumplimiento por omisión de la prestación, que sea al mismo tiempo definitivo y total, permite poner en marcha la acción resolutoria. El problema lo plantean las hipótesis restantes, es decir, a) el incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa; b) el incumplimiento parcial, y c) el incumplimiento no definitivo o retraso.

a) El incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa ha sido considerado por la jurisprudencia de nuestro T. S. como "incumplimiento resolutorio". En el caso que decidió la sentencia de 16 de enero de 1930, el dueño de un molino imputaba a una sociedad vendedora de maquinaria haberle vendido e instalado unas máquinas de moler harina, que no eran aptas para poner en movimiento las dos piedras de que el molino constaba, y cuyas correas no eran a propósito, dada la humedad del molino. El T. S. entendió que la Audiencia no había aplicado debidamente el artículo 1.124 del C. c. al desestimar la pretensión de resolución formulada por el comprador. En algunas otras sentencias, el T. S. ha propendido hacia la misma idea (7).

Sin embargo, por lo menos *prima facie*, es muy dudoso que el supuesto de incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa sea, rigurosamente hablando, un supuesto de resolución ex artículo 1.124. Ante todo, no debe olvidarse que el acreedor puede rehusar el pago si faltan los requisitos de identidad e integridad. Si el acreedor rehúsa justamente, en realidad lo que hay es no-prestación. Si el acreedor, en cambio, recibe el pago con conocimiento de la defectuosidad de la prestación, la aceptación sana los defectos y hay un cumplimiento liberatorio.

El problema del cumplimiento defectuoso de este modo se plantea solamente: a) cuando el acreedor sólo ha conocido los vicios o defectos después de recibir la prestación; b) cuando aun habiéndolos conocido antes, la rehúsa total no hubiera aparecido como justificada por ser la prestación en sí misma útil (p. ej.: el contratista ha ejecutado la obra, pero el material empleado en los elementos de saneamiento no era exactamente de la calidad pactada). En estos casos la buena fe parece imponer primariamente al acreedor el ejercicio de una pretensión de corrección o rectificación y, en su caso, una ade-

(6) Por supuesto que la resolución exige una relación obligatoria perfectamente caracterizada por su sinalgmaticidad y que el incumplimiento ha de referirse a la obligación central o principal y no a prestaciones accesorias o a deberes adicionales o deberes de conducta.

(7) En la Sentencia de 23 de noviembre de 1964, el artículo 1.124 se aplica para resolver un contrato de obra porque el contratista no había logrado la perfecta impermeabilización de la cubierta de una nave industrial, en la cual aparecieron, antes de finalizada la obra, algunas goteras. Vid. mis *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, tomo 1.º, Madrid, 1967, pág. 367.

cuada reducción del precio (*quanti minoris*). La acción resolutoria sólo está justificada si: a) el deudor no se allana a satisfacer la pretensión de rectificación y b) la prestación defectuosa no es útil para el fin a que se destinaba.

b) En términos generales el incumplimiento parcial ha sido admitido por la jurisprudencia de nuestro T. S. como incumplimiento resolutorio. Si el deudor ha pagado, v. gr., la mitad del precio estipulado y ha dejado de pagar la otra mitad, la otra parte contratante puede, sin duda, resolver el contrato. La buena fe puede, sin embargo, imponer alguna moderación al rigor del derecho del acreedor, especialmente si aquella parte de la prestación que aún no ha sido ejecutada, es infinitesimal o muy pequeña (p. ej., se debían cien y se han pagado noventa y cinco) y si la finalidad perseguida por el actor es diversa de la función económica y del interés tutelable a través de la acción resolutoria (p. ej.: el demandante trata de recuperar el terreno vendido y pagado en su casi totalidad para aprovecharse de una revalorización que ha experimentado) (8).

c) La cuestión relativa a la consideración del incumplimiento no definitivo o retraso como un posible incumplimiento resolutorio constituye el objeto específico de este trabajo, y—dentro de lo posible—será exployado en las páginas siguientes.

4. *Las características del incumplimiento resolutorio según la jurisprudencia del T. S.*—Para tratar de profundizar en el tema que hemos dejado planteado—de qué manera puede incidir en la resolución del contrato un incumplimiento de la obligación no definitivo, porque la prestación es todavía posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor—quizá el camino más practicable sea estudiar los condicionamientos, requisitos o características que vienen siendo jurisprudencialmente exigidos para permitir la acción resolutoria. En nuestra jurisprudencia existe—según ha dicho el propio T. S.—una “marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual” (9) o, si se prefiere, un predominio de la idea de conservación del negocio. La resolución se torna de este modo un remedio excepcional, que no se liga a todo incumplimiento de contrato, sino que exige, por decirlo así, un incumplimiento en cierta medida cualificado. ¿Cuáles son las notas características que cualifican un fenómeno de incumplimiento contractual y lo elevan a la categoría de “incumplimiento resolutorio”? (10). La jurisprudencia de nuestro T. S. viene exigiendo, de

(8) Cabría aplicar en este supuesto la idea de la *exceptio doli* y del abuso del derecho de resolución.

(9) Cfr. S. T. S. de 10 de marzo de 1949, a la cual pertenece la expresión entrecuillada.

(10) JORDANO BAREA, *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita*, A. D. C., IV, 1, págs. 303 y sigs., ha entendido que el incumplimiento ha de ser grave. Para que la resolución tenga lugar, dice este autor, hace falta que el juez considere sustancial la sobrevenida violación del contrato, de tal manera que legitime la demanda del acreedor dirigida a resolver el vínculo con-

una manera reiterada, como requisitos para que sea viable el ejercicio de la acción resolutoria del contrato “que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida” (11). De esta manera, parece que son dos las características del “incumplimiento resolutorio”: a) una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento; b) un hecho obstativo que de modo absoluto impida el cumplimiento.

a) *La voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido*.—Al requerir como presupuesto o como característica del incumplimiento resolutorio, que se patentice en el comportamiento del demandado “una voluntad deliberadamente rebelde al incumplimiento de lo convenido”, se introduce en el tema de la resolución lo que se ha podido llamar un “factor etiológico subjetivo” (12) o, dicho de otro modo, una valoración judicial del comportamiento del demandado: un enjuiciamiento de las causas o razones que han determinado el incumplimiento y un enjuiciamiento de los propósitos que revelan respecto a un ulterior cumplimiento. Con ello parece que se llega a la conclusión de que la resolución en vía judicial sólo puede ser acordada, cuando, además de ser el incumplimiento voluntario o doloso, concurren en la conducta del deudor la deliberación y la rebeldía. La deliberación parece indicar una plena conciencia en el incumplidor y la rebeldía un persistente propósito de mantenerse en la misma actitud (no ha cumplido y tiene el propósito de no cumplir) (13).

Estas conclusiones, que son el resultado lógico de la máxima jurisprudencial, abren, sin embargo, nuevos interrogantes, ¿qué ocurre, v. gr., en el caso de incumplimiento y negligente o debido a imprudencia? Una corriente jurisprudencial que aparece expresa, aunque incidentalmente formulada, en la Sentencia de 23 de noviembre de 1964,

tractual. El contrato es irresoluble, añade JORDANO, si el incumplimiento inexacto de una de las partes tiene escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra.

(11) Sentencias del T. S. de 5 y 9 de julio de 1941 y 12 de abril de 1945, entre otras muchas.

(12) Expresamente lo califica así la Sentencia de 23 de noviembre de 1964.

(13) PINTO RUIZ, en el Apéndice a la obra de Luigi Mosco, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Barcelona, s. f., pág. 367, interpreta la doctrina jurisprudencial acerca de la “voluntad deliberadamente rebelde”, señalando que en el terreno pragmático la mora deberá ser considerada como expresión de propio incumplimiento “cuando por su excesiva duración y alargamiento, sin justificación moral ninguna (no ya jurídica), da a conocer que no se trata de un retardo, sino que en realidad nunca va a cumplirse la prestación”. Es muy probable que la idea latente en la jurisprudencia sea precisamente ésta, pero conviene señalar que de este modo se altera la configuración jurisprudencial, pues ya no se trataría de una voluntad y un propósito de rebeldía, muy difícil de ser detectado, sino de inducir, presumir u obtener la conclusión, con base en el comportamiento del demandado, de que existió una expectativa o una objetiva probabilidad de una continuación futura del resultado de no-cumplimiento.

entiende que el incumplimiento que ha obedecido a una actuación negligente, imprudente o culposa del deudor produce sí la resolución, pero siempre y cuando de tal actuación surja el "acto obstativo" a que se viene refiriendo la jurisprudencia (14). Aunque no aparezca formulada con la claridad que sería de desear, la doctrina parece ser ésta: a) si hay deliberación y rebeldía en el deudor, basta con el mero hecho objetivo de no haber cumplido y los signos ostensibles de no querer cumplir para que la resolución pueda ser decretada, aun cuando el cumplimiento sea todavía posible y útil y por consiguiente haya retraso o mora; b) si hay imprudencia o incluso dolo, pero no deliberación y rebeldía, la resolución requiere la imposibilidad posterior de la prestación o la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato (acto o hecho obstativo).

Las cosas, sin embargo, probablemente son mucho más sencillas. La máxima jurisprudencial que viene exigiendo reiteradamente que en el incumplimiento resolutorio se patentice "una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido", no puede, ni debe, ser entendida de una manera literal. Probablemente, colocada en el concreto marco donde nació no enunciaba una exigencia positiva, sino que trataba de formular o de englobar casos en que la acción de resolución debía ser desestimada. Esto se comprueba buscando sus orígenes. Hasta dónde es posible establecerlo con una cierta exactitud, puede decirse que la idea de la "voluntad deliberadamente rebelde" aparece por primera vez en las Sentencias de 5 y 9 de julio de 1941, y viene a reanudar la afirmación anterior, según la cual el incumplimiento debe ser arbitrario y no de buena fe.

En el caso que decidió la Sentencia de 5 de julio de 1941 el actor demandaba la resolución de un contrato de cesión onerosa de un crédito que había celebrado con la demandada. El actor había vendido a la demandada un crédito que ostentaba contra un hermano de esta última. El precio de la cesión debía satisfacerlo la compradora en dos partes: una de cien mil pesetas, que pagaría con los dividendos de unas acciones que el actor tenía judicialmente retenidas, para lo cual el actor se debía cuidar de solicitar el alzamiento de la retención; el resto del precio lo pagaría a medida que lo permitiesen los ingresos de una testamentaria, pero nunca después del 15 de enero de 1934.

Un acreedor del cedente había obtenido la retención judicial del crédito que a aquél le correspondía por el precio de la cesión. La retención fue notificada a la demandada como deudora, con las consecuencias establecidas en el artículo 1.165 C. c. No obstante la interdicción, la cesionaria pagó al cedente una parte del precio —alrededor de unas sesenta mil pesetas—.

(14) "El factor etiológico subjetivo del incumplimiento—dice la citada sentencia— puede obedecer no sólo a la conducta dolosa de su agente productor, sino, también a su actuación negligente, imprudente o culposa, siempre que de ella surja el acto obstativo a que se refieren las sentencias antes enunciadas".

Más adelante, el actor-cedente, desentendiéndose del contrato de cesión, adquirió en subasta pública el mismo crédito por el enajenado y pidió la resolución del contrato de cesión, con indemnización de los daños y perjuicios sufridos, alegando que la demandada había incumplido su obligación de pago del precio. La pretensión del demandante fue acogida en la instancia, por entender los tribunales que si bien le había sido dirigida a la demandada la intimación preventiva en el artículo 1.165 C. c., como consecuencia de la retención judicial, siempre hubiera podido y, consiguientemente, debido hacer el pago por consignación, de suerte que al no hacerlo había dejado incumplida la obligación de pago del precio y este incumplimiento debía determinar la resolución del contrato de cesión.

El T. S. declaró haber lugar al recurso y sentó la doctrina que estudiamos, según la cual el “homenaje al respeto que los contratos lícita y válidamente celebrados merecen” impone que se impida que “se pronuncie la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitado, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida”.

Más clara aún es la segunda de las sentencias—9 de julio de 1941—, donde la máxima acuñada se consagra. El actor era miembro de una sociedad de seguros mutuos contra incendios y había pagado puntualmente sus cuotas hasta el año 1936 inclusive. Quedó la población en que el actor vivía incomunicada con el domicilio social de la entidad demandada y no fue pagada a su tiempo la cuota correspondiente al año 1937. Apareció justificado en el pleito que durante ese período de incomunicación había ocurrido el siniestro cuya indemnización reclamaba el actor; que la sociedad hasta aquel momento no había adoptado acuerdo alguno para separar al actor de su seno; que después de la liberación se había admitido el pago de las cuotas atrasadas a otros mutualistas residentes en la misma población y que en cambio no se le había admitido al actor pese a sus reiteradas ofertas.

En la instancia se había absuelto a la sociedad demandada por entender que el actor había incumplido el contrato. Las ofertas de pago, no seguidas de consignación, no eran cumplimiento. El T. S. estimó, sin embargo, el recurso y casó la sentencia recurrida. Las ofertas de pago no liberaban al deudor, pero determinaban una mora *accipiendi* que cuando menos impedía dar al deudor el trato de moroso y obstaba la declaración autorizada por el artículo 1.124. Además, el retraso sólo había sido temporal y había obedecido a una causa cuya evidencia y legitimidad no era preciso encarecer.

b) *El hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento.*—El segundo de los supuestos, en que, según la jurisprudencia de nuestro T. S., debe acordarse la resolución del contrato, lo constituye el caso en que el examen de los hechos patentiza que existe un “hecho obstativo”, que impide el cumplimiento de un “modo absoluto,

definitivo e irreformable". Ni la jurisprudencia, ni los autores han tratado de puntualizar esta afirmación, que en tan escuetos términos queda un poco confusa. La hipótesis de un obstáculo o impedimento, absoluto, definitivo e irreformable parece que puede ser englobada dentro de lo que la técnica moderna denomina imposibilidad sobrevenida de la prestación. Resultaría así que según nuestra jurisprudencia la imposibilidad sobrevenida de la prestación determina la resolución del contrato, con independencia —puesto que no se hace mención expresa a ello— de cuál haya podido ser la participación o la responsabilidad del demandado en tal imposibilidad. De esta suerte, constituyen factores de la resolución de contrato una imposibilidad de la prestación causada dolosa o culposamente por el deudor, pero también una imposibilidad sobrevenida de la prestación que sea fortuita. La imposibilidad sobrevenida fortuita, según esto, no pertenece a la teoría de los riesgos como la mayor parte de nuestra doctrina tradicional cree, sino al ámbito del artículo 1.124 C. c. (15).

Para decidir si esta conclusión es o no exacta, no disponemos de otros materiales que los que nos proporciona el texto del precepto. La doctrina tradicional venía entendiendo que el incumplimiento del artículo 1.124 exige responsabilidad —dolo o culpa—, aunque ciertamente el precepto no lo dice. El problema de los riesgos se convertía en una cabal laguna, pues, si bien el artículo 1.182 libera o exonera al deudor cuya prestación resulta imposible, nada dice sobre la repercusión que ejerce en la obligación recíproca (*periculum obligationis*). Si en el artículo 1.124 el "no cumplirse" se lee o se toma como un hecho escueto y objetivo —no ejecutar la prestación—, la laguna se llena y el problema se resuelve en una forma plenamente coherente con la naturaleza sinalagmática del vínculo (16).

c) *La coordinación de las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia.*—La jurisprudencia, al establecer las condiciones del incumplimiento resolutorio, se ha producido en una forma alternativa: o bien una voluntad deliberadamente rebelde o bien un hecho obstativo. La alternatividad del enunciado parece indicar que cada uno de los términos de la alternativa cubre zonas de problemas o casos distintos. Pues bien, si ello es así y si, además, la hipótesis del "hecho obstativo" cubre el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación, tendremos que convenir en que la "voluntad deliberadamente rebelde" se refiere a casos en que la prestación y, por tanto, un cumplimiento posterior son todavía posibles, es decir, utilizando nuestra terminología, a casos en que el incumplimiento no es definitivo.

(15) La tesis fue ya sostenida por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en ENNECERUS, *Derecho de Obligaciones*, págs. 242 y 243, y recogida tímidamente por CASTÁN, op. y loc. cit., pág. 64. Naturalmente, como los autores citados señalan, esta doctrina no es aplicable en aquellos contratos en que existan preceptos especiales que contemplen la hipótesis de imposibilidad sobrevenida fortuita.

(16) Vid. PINO op. y loc. cit., págs. 370 y sigs.

5. *El retraso en el cumplimiento y la resolución del contrato: Las líneas generales de la doctrina jurisprudencial.*—Al principiar estas páginas hemos tratado de poner de relieve cómo el tópico según el cual “el mero retraso no equivale al incumplimiento”, en orden a la resolución del contrato, no tenía categóricamente entendido, una base auténtica en la jurisprudencia, pues el T. S. lo único que ha hecho es una afirmación muy relativa y muy matizada: el mero retraso no es *en algunos casos* equivalente al incumplimiento. De aquí se deduce —decíamos— que hay casos en los cuales la equivalencia se produce y casos en que no, o dicho de otro modo, que hay supuestos de retraso resolutorio y supuestos de retraso no-resolutorio. ¿Por dónde corre la línea divisoria que separa uno y otro grupo de supuestos? ¿Cuáles son las razones por las cuales el retraso en cumplir faculta a quien lo sufre para resolver el contrato y cuáles pueden ser las razones para excluir, aun habiendo retraso en el cumplimiento, la facultad resolutoria?

El dicho jurisprudencial más generalizado sobre el tema se enuncia del siguiente modo, “el mero retraso no es en algunos casos equivalente al incumplimiento, porque el retraso no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido en el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés jurídicamente protegible en que se decrete la resolución”.

El origen de la doctrina transcrita se encuentra en el caso de “Pellicer Simó, c. Banco de Reus” (17). La actora, su hijo y dos sociedades mercantiles, una de ellas en suspensión de pagos, habían sido deudores del Banco como consecuencia de la emisión y descuento de varias letras. En 1927, la actora celebró un convenio con el Banco por virtud del cual el Banco renunciaba a las acciones que ostentaba contra sus deudores, reservándose únicamente las que tenía contra la entidad suspensa. La actora se obligaba a indemnizar al Banco en la cantidad de 150.000 pesetas por las pérdidas o perjuicios que pudiera sufrir si en un plazo de cinco años no hubiese podido conseguir el reintegro completo de su crédito. Para garantizar esta obligación la actora constituía un depósito de metálico sin interés de las 150.000 pesetas, estipulándose que, como quiera que para efectuar dicho depósito, había tenido que recibir un préstamo del Banco de Cataluña, el demandado tomaba a su cargo la obligación de pagar los intereses de dicho préstamo. En 1931 el Banco de Reus se declaró en suspensión y no había pagado tales intereses. La actora pedía la resolución del contrato de 1927 y la restitución del depósito de las 150.000 pesetas.

La demanda resultó en definitiva desestimada y el T. S. declaró no haber lugar al recurso. La primera razón que el T. S. esgrime —y quizá la que iba más directamente al fondo de la cuestión— era la del carácter recíproco o sinalagmático de las obligaciones. Sin embargo, el T. S. no quiere profundizar en el tema y prefiere decir que en todo caso se trataría de un retraso del Banco que no justifica la resolución.

(17) Es la S. T. S. de 5 de enero de 1935.

“El mero retardo en el pago no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni que la parte adversa tenga un interés atendible en que se decrete la resolución”. Y añade: “el retraso que pudiera significar el no haber efectuado a su debido tiempo el abono en cuenta de dichos intereses no podría justificar el ejercicio de la acción resolutoria por la demandante, que no ha sufrido perjuicio alguno por ese retraso y que requirió a la otra parte para la resolución después de haber ya ésta realizado el pago.

La sentencia mencionada nos proporciona un buen punto de partida para tratar de investigar los perfiles del retraso resolutorio o retraso equivalente a incumplimiento, según el sentido de nuestra jurisprudencia. De las afirmaciones de la sentencia del T. S. de 5 de enero de 1935, que luego han sido reiteradas, parece desprenderse la siguiente afirmación: el retraso en el cumplimiento justifica la resolución del contrato: a) cuando determina una frustración del fin práctico perseguido por el negocio, y b) cuando determina en el otro contratante un interés atendible en la resolución.

a) *La frustración del fin práctico perseguido.*—La primera de las hipótesis de retraso resolutorio según la jurisprudencia, es la de retraso con frustración del fin. ¿Qué puede haber querido decir nuestro T. S. al hablar de frustración del fin? (18). Es algo que no puede saberse con exactitud. A mi juicio aquí —retraso con frustración— nos debemos encontrar en una hipótesis en que la prestación objetivamente considerada es posible, puesto que lo que se frustra es el fin y no la prestación. Sin embargo, la prestación retrasada, aun siendo posible, no permite alcanzar el fin que se perseguía. Y ello, obviamente, porque el término era un término esencial. El retraso en el caso de término esencial justifica plenamente la resolución.

b) *El interés atendible en la resolución.*—Mayores dificultades presenta matizar como condicionamiento del retraso resolutorio la existencia de un “interés atendible en que se decrete la resolución”. En sus estrictos términos literales, esta máxima jurisprudencial encierra un claro arbitrio judicial en torno a la resolución. Y aunque en el origen histórico del instituto de la resolución hay un amplio margen de discreción del juez, que los tribunales franceses han señalado reiteradamente y que en nuestro Derecho asoma en el inciso final del artículo 1.124, nuestra jurisprudencia, a lo largo de casi noventa años, ha ido realizando una labor de objetivación que merece ser continuada.

¿Cuál puede ser el “interés atendible” que hace del retraso una causa que justifica la resolución? La sentencia del T. S. de 5 de enero de 1935 recurrió, aunque muy lateralmente, a la idea de perjuicio. El retraso no podía justificar la acción resolutoria, porque la demandante no había sufrido perjuicio alguno. Sin embargo, el

(18) Sobre el tema de la “frustración”. ESPERT, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968.

perjuicio puede ser presupuesto del derecho a recibir una indemnización, pero nunca de la facultad de resolver. La búsqueda del “interés atendible” nos debe llevar por otros caminos.

6. *Los casos de retraso resolutorio y la jurisprudencia del T. S.*— La investigación de la línea divisoria entre el retraso resolutorio y el retraso no resolutorio, a través de la jurisprudencia del T. S., debe descender del cielo de las máximas abstractas y generales y pisar el suelo de los casos concretos. Situando la investigación en este plano y procediendo —dada la extraordinaria abundancia de materiales— según un método de “muestreo”, pueden esbozarse los siguientes grupos de casos.

a) *El retraso resolutorio como incumplimiento puro y simple.*— Hay, en primer lugar, una serie de casos en los cuales el retraso en la ejecución de la prestación contractualmente debida ha sido considerado como una causa justificativa de la resolución del contrato. En todos estos casos, los tribunales no han hecho distingos, ni han establecido matizaciones, sino que han dicho sin más que había incumplimiento.

La sentencia de 25 de mayo de 1933 consideró que se había aplicado rectamente el artículo 1.124 del C. c., toda vez que el demandado no había abonado el precio del traspaso de un establecimiento y el precio de compra de unas partidas de vino en los plazos convenidos. Y la sentencia de 15 de enero de 1934 entendió que el retraso en la construcción de un barco, que no había obedecido a ninguna de las causas de fuerza mayor mencionadas en el contrato, constituía incumplimiento y liberaba, por vía de resolución del contrato, al recurrido del cumplimiento de sus obligaciones posteriores.

El examen pormenorizado de esta jurisprudencia parece demostrar que las cosas ocurren de diferente manera en vía de máxima y en la realidad jurídica. En vía de máxima, la resolución por retraso parecía excepcional: sólo si se ha frustrado el fin o si hay un interés atendible. De facto es al revés: el retraso es, por regla general, resolutorio y excepcionalmente se trata de salvar determinadas hipótesis de la resolución fundando el salvamento en razones de mayor o menor fuerza dialéctica.

b) *El retraso no resolutorio: diversificación de supuestos.*— Frente a los casos antes apuntados, en los cuales el retardo en la ejecución de la prestación ha sido considerado como incumplimiento puro y simple a efectos de la resolución del contrato, los casos de retraso no resolutorio han revestido características muy diversas, que hacen extraordinariamente difícil su sistematización. Por vía de ensayo se podría intentar, sin embargo, una tipificación.

1.º Retardo en la ejecución y cumplimiento tardío.—En algún momento anterior he apuntado la idea de que son diferentes desde el punto de vista de su valoración jurídica la hipótesis de lo que

todavía no se ha hecho y lo que se ha hecho ya, aunque tarde. En sede de resolución, un cumplimiento anterior al ejercicio de la facultad resolutoria, aunque sea objetivamente tardío, puede enervar la acción, si el término no era esencial y si el acreedor ha aceptado el pago. Esta distinción entre lo hecho tarde y lo no hecho aún, aunque no ha sido dibujada expresamente, parece latir en algunas sentencias de nuestro T. S. Así, en la sentencia de 24 de octubre de 1899 se pone de relieve que el demandado había hecho ya efectiva la obligación y en la sentencia de 5 de enero de 1935, antes citada, uno de los argumentos que se recogen es que el requerimiento para la resolución se había realizado después de que el requerido había efectuado ya el pago.

2.º Retraso del deudor y negativa de cobro del acreedor.—Un segundo grupo de casos, muy numeroso, está constituido por aquellos en que el deudor había intentado pagar y el acreedor se había negado a recibir o había impedido el pago. Ciertamente que por lo general no existía oferta formal, ni posterior consignación, pero la mora accipiendi impide la acción resolutoria. Este esquema aparecía muy claro en el caso del mutualista que contenía la sentencia de 9 de julio de 1941, más arriba examinada, y se ha repetido en buen número de ocasiones.

En el pleito que decidió la sentencia del T. S. de 13 de marzo de 1930 se trataba de un arrendamiento con opción de compra de una casa barata. El arrendatario comprador no había pagado las cuotas, pero se denegó la resolución del contrato porque se estimó probado que la otra parte se había negado a recibirlas para imponer determinadas modificaciones en el contrato. Muy parecido es el caso de la sentencia de 5 de junio de 1944, donde el demandado no había pagado el precio estipulado en una promesa de venta por haberse negado el promitente a recibirlo. La oferta de pago sin consignación no es cumplimiento, pero excluye la acción resolutoria.

3.º Prórrogas tácitas y tácita continuación de los pagos.—En el cumplimiento de obligaciones pecuniarias de carácter periódico—especialmente, pago fraccionado de un precio—, la infracción de los términos estipulados en el contrato no justifica la acción resolutoria si el deudor ha seguido pagando cantidades a cuenta del precio y el acreedor ha continuado recibéndolas.

En el caso decidido por la sentencia de 15 de mayo de 1934 se trataba de un contrato de venta de una finca que se había hecho con precio aplazado y con cláusula de reserva de dominio, estipulándose que el cumplimiento de esta condición suspensiva de la plena eficacia del negocio se haría constar en el Registro por medio de acta notarial. El comprador dejó de pagar el último plazo, pero obtuvo una serie de prórrogas. Después quiso pagar, pero el vendedor se negó a recibir el pago, canceló el asiento registral y vendió a un tercero. El comprador demandaba el cumplimiento del contrato y, si éste resul-

taba imposible, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Su pretensión triunfó en definitiva. Puesto que el término para el pago del último plazo del precio se había prorrogado y el vendedor siguió percibiendo los intereses y pagos a cuenta del precio, sin que hubiera mora del comprador, por no haberse producido el requerimiento exigido por el artículo 1.100 C. c., el comprador no había incumplido y el vendedor no podía legítimamente resolver el contrato. Era el vendedor, en cambio, el que había incumplido al transmitir la finca a un tercero, y este incumplimiento permitía decretar la resolución implícitamente pedida por el actor.

Un punto de vista muy similar adopta la sentencia de 28 de enero de 1944. Se trataba de una venta de inmuebles con precio aplazado. Los plazos contractuales no se habían cumplido, pero el actor había ido desembolsando cantidades hasta cubrir la mayor parte del precio. El último pago se había hecho el día anterior al en que el vendedor formuló el requerimiento resolutorio prevenido por el artículo 1.504 C. c. El comprador demandaba el otorgamiento de la escritura de venta y el vendedor oponía la resolución del contrato. Prosperó la pretensión del comprador.

4.º Incumplimiento transitorio por causas no imputables al demandado.—Aparece, v. gr., en la sentencia del T. S. de 24 de octubre de 1899: La demanda dirigida a que se declarase resuelta la obligación no prosperó porque el retraso en cumplir la obligación se debió a motivos no imputables al obligado.

7. *El retardo y la mora dentro del cuadro de las causas de resolución del contrato.*—En las páginas anteriores hemos tratado de demostrar que, no obstante los términos generales en que está concebida la doctrina, no es el incumplimiento definitivo la única causa de resolución del contrato, sino que la resolución se admite también aunque el incumplimiento sea no-definitivo y pueda por ello, grosso modo, considerarse como un retardo o retraso en la ejecución de la obligación. Este retraso o retardo no exige, en línea de principio, ninguna cualificación especial, determinada por una especial voluntad del deudor que sea deliberadamente rebelde, ni tampoco una frustración del fin del negocio. Más bien ocurre al contrario: determinados casos de retraso quedan excluidos exonerados de la sanción resolutoria cuando aparecen de algún modo justificados.

Admitido que el retraso en el cumplimiento de la obligación puede ser, en línea de principio y salvo excepciones, una causa justificativa de la resolución del contrato, lo que hay que preguntarse ahora es si en tema de resolución es suficiente el mero retraso o si se necesita además que el deudor haya sido constituido en mora. ¿Es la constitución en mora del deudor un requisito del ejercicio de la facultad de resolver el contrato? El problema aparece muy borroso, tanto en la literatura jurídica como en la jurisprudencia de nuestro país.

Existe un sector de la doctrina que estima necesaria la constitu-

ción en mora del deudor para que pueda entrar en juego la acción resolutoria (19), razonando sobre una serie de argumentos de muy distinta contextura y de muy distinto alcance, que quizá convenga esquematizar de algún modo.

1.º La naturaleza de la acción resolutoria.—La acción resolutoria, se nos dice, encuentra su fundamento en la idea de sanción. Es una sanción que se impone al contratante incumplido. Por ello, para que el incumplidor pueda ser sancionado es menester que antes sea considerado como responsable por la ley. Y la responsabilidad del deudor deriva de la mora, no del simple retardo.

El argumento no parece suficiente. En primer lugar, no es muy claro que la acción resolutoria sea primariamente una medida de sanción por el incumplimiento. En la base de la situación que da lugar a la resolución del contrato existe lo que se ha podido llamar una "anomalía funcional sobrevenida" (20). Como consecuencia de ella, se impondrá al incumplidor una determinada responsabilidad, pero se impone también, y antes que nada, una determinada protección al contratante que sufre la susodicha anomalía. A mi juicio, la acción resolutoria es más una medida de protección del interés del contratante cumplidor —permitiéndole desligarse— que una medida de sanción del incumplidor (21). La específica sanción del incumplidor es el deber de resarcimiento, pero no per se la resolución.

2.º La mora como instrumento de fijación del hecho del incumplimiento.—La constitución en mora del deudor —se dice— es necesaria para poner en marcha la resolución ex artículo 1.124, porque la constitución en mora llena la función de fijar con certidumbre el hecho del incumplimiento, de manera tal que faltando la constitución en mora no habría quedado fijada la inejecución de la obligación por parte del sujeto obligado.

A una conclusión semejante se podría llegar también cuando se parte de la idea acuñada por nuestra jurisprudencia sobre la "voluntad deliberadamente rebelde" al cumplimiento. El único medio de dejar constancia o de fijar la "rebeldía" es dar cumplimiento a los requisitos de la constitución en mora.

Frente a esta argumentación se ha dicho que con ella se asigna a la constitución en mora una función que no es la función típica que la ley le atribuye. La función de los actos de constitución en mora

(19) Vid. RUBINO, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, Riv. Dir. Comm., 1947, I, pág. 55, y VALSECCHI, en la misma Rev., 1964, II, página 281.

(20) La frase es de SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, 1964.

(21) Un argumento importante en favor de la tesis que ve en la acción resolutoria un medio de protección del acreedor y no un medio de sanción del deudor puede encontrarse en la idea de que la resolución juega también cuando la imposibilidad sobrevenida es fortuita (caso del hecho obstativo). Vid. supra, notas 15 y 16.

no consiste en “fijar” o dar certidumbre al incumplimiento, sino pura y simplemente en reclamar la prestación. Para que el deudor incumpla no es menester que el acreedor haya reclamado la obligación.

3.º La consecuencia del resarcimiento.—Puesto que la resolución lleva consigo el resarcimiento de los daños, se ha pensado, ello quiere decir que, en los casos de retardo, sólo la mora justifica la acción resolutoria, pues sólo de la mora deriva una pretensión de resarcimiento.

Sin embargo, como se ha señalado agudamente, la acción resolutoria transforma el incumplimiento en definitivo y constata la falta de satisfacción del derecho de crédito. El resarcimiento nace de este hecho y no, como en la simple mora, del hecho del retraso.

Los sostenedores de la tesis, según la cual en los casos de ejercicio de la acción resolutoria por retraso en el cumplimiento de la obligación no es necesaria una previa constitución en mora del deudor, encuentran el apoyo de su tesis en dos argumentos muy fuertes, que son, respectivamente, la letra de la ley y los antecedentes históricos de la llamada condición resolutoria tácita.

1.º La letra de la ley.—El artículo 1.124 deriva la posibilidad de resolver la obligación del puro y simple hecho de que el deudor no haya cumplido y no hace referencia alguna a la constitución en mora. Más aún, en aquellos casos en que el legislador ha querido que a la resolución preceda un requerimiento o una intimación, los ha impuesto de una manera expresa, como ocurre en el caso del artículo 1.504 C. c. La consideración del artículo 1.504 como *lex specialis* legitima la conclusión de que la *lex generalis* no impone la especial constitución en mora.

2.º Resolución y mora como cauces histórica y funcionalmente diversos.—Recientemente, BENATTI (22) ha recurrido, para apoyar la tesis según la cual la mora del deudor no es necesaria para la resolución del contrato, a los antecedentes históricos. La mora deriva del Derecho romano. La resolución tiene su origen en el Derecho común y singularmente en el Derecho consuetudinario francés. Primero fue una cláusula establecida expresamente, según la cual la inejecución de cualquiera de las obligaciones se consideraría como condición resolutoria. Más tarde la práctica jurisprudencial consideró sobreentendida esta cláusula o condición en todos los contratos sinagmáticos. Y fue esta práctica jurisprudencial la que se recogió en los Códigos civiles y cristalizó en ellos. La autonomía de la cláusula o condición resolutoria respecto de la mora queda demostrada desde el momento en que el poder de demandar la resolución del contrato no tiene nada que ver con los principios romanos sobre la mora *debendi*.

El argumento histórico es aparentemente muy fuerte, pero no es decisivo. La diversidad del origen histórico no comporta autonomía.

(22) BENATTI, Francesco, *La costituzione in mora del debitore*, Milán. 1968.

Por el contrario, aun tratándose de normas e instituciones con orígenes históricos distintos, su disciplina y funcionamiento en el Derecho moderno puede imponer la coordinación entre ambas si resulta exigida por aquellas finalidades de orden empírico que se trata de conseguir.

El razonamiento jurídico debe descender en éste como en tantos otros campos, del plano de la dogmática y de la pura lógica institucional al campo de la contemplación de casos e intereses concretos. Aquí podemos tropezar con las verdaderas raíces de nuestro problema. En la raíz encontramos experiencias que poseen un relieve muy singular. La primera de ellas es la experiencia jurisprudencial. La práctica de los tribunales ha tropezado insistentemente con una serie de casos que, objetivamente considerados, eran casos de retraso en el cumplimiento y que, por tanto, deberían haber sido llevados, prima facie, a la resolución ex artículo 1.124. Un sentido de justicia ha impuesto en todos estos casos una sin duda acertada exclusión del efecto resolutorio fundándola sobre una serie de máximas, de cuya fortuna dialéctica cabe, en cambio, dudar. Ocurre, sin embargo, si se mira bien, que todas esas hipótesis que han quedado expuestas supra —negativa de recibir, prórrogas tácitas, tácita continuación de los pagos, inimpuntabilidad del retraso, retraso purgado por el cumplimiento tardío, etc.— eran casos de retraso objetivo en los cuales, en cambio, no existía una genuina mora. Esta razón, que es, sin duda, una razón de orden más práctico que teórico, pero que creo que es legítima y enormemente significativa, induce a considerar que en principio es posible pensar que es la constitución en mora y no el retraso lo que justifica el ejercicio de la acción resolutoria.

La conclusión anterior tiene, sin embargo, su contrapartida, que aparece también muy sólidamente fundada en razones que son igualmente razones de orden práctico. La disciplina de la mora debendi conserva hoy una serie de exigencias de carácter formal que se concilian muy mal con las necesidades de los tiempos modernos. ¿Conviene imponer al acreedor la carga de constituir formalmente al deudor en mora? ¿Sería justo desestimar una demanda de resolución por un defecto de forma en la constitución en mora del deudor?

Para contestar a estos interrogantes parece necesario parar la atención en orden a la naturaleza y, sobre todo, en orden a la función que cumple la "situación de mora" (23). Es éste un tema que se encuentra extrañamente falto de claridad. En la doctrina parecen, sin embargo, dibujarse, aún sin unos perfiles nítidos, dos corrientes de pensamiento. Con arreglo a la primera, la "mora debendi" sería, por decirlo así, la traducción a términos jurídicos del retraso del deudor en el cumplimiento. El retraso por sí solo sería un hecho intrascendente. Sólo cuando al retraso se añaden los presupuestos de la mora, aparecen unas consecuencias jurídicas y el retraso se eleva a la categoría de

(23) Sobre el tema, vid el excelente trabajo de MELICH ORSINI, *La mora del deudor en el Derecho Venezolano*. Libro-homenaje a la memoria de R. GOLDSCHMIDT, Caracas, 1967, pág. 335.

lesión del derecho de crédito, constituyendo genuina violación de la relación obligatoria.

Con arreglo a una segunda manera de pensar, en cambio, el retardo es ya de por sí incumplimiento e infracción del deber jurídico del deudor y puede por sí sólo desencadenar responsabilidad. La mora no sería, según esto, nada más que un retardo caulficado, del cual surgen unas consecuencias jurídicas especiales y particularmente una especial agravación de la responsabilidad del deudor, que opera fundamentalmente en dos puntos: en punto a la conveniencia de asegurar una sanción eficaz en materia de obligaciones pecuniarias, donde no resulta fácil establecer la existencia y el alcance de los daños con arreglo a los principios generales de la teoría de la responsabilidad civil (problema de los intereses moratorios) y en puntos a la conveniencia de preservar el cumplimiento por equivalente más allá de los supuesto de responsabilidad subjetiva o culposa (problema de la traslación de los riesgos ex artículo 1.096 C. c.).

Cada una de estas dos diferentes concepciones del instituto de la mora ejerce un influjo decisivo en nuestro tema. Los sostenedores del primer punto de vista propenden obviamente a considerar necesaria la constitución en mora como requisito del ejercicio de la acción resolutoria, puesto que un retardo sin mora sería un hecho intrascendente y sin consecuencias jurídicas. En cambio los sostenedores del segundo punto de vista entienden que el simple retardo es incumplimiento y que la exigencia de la constitución en mora no aparece justificada.

¿Cuál de las dos diversas maneras de configurar la mora, que antes hemos tratado de bosquejar, es la que ha sido recibida en nuestro derecho positivo? No parece tarea fácil el determinarlo. La primera tesis —la mora como factor desencadenante de responsabilidad y como requisito constitutivo de incumplimiento o, dicho de otro modo, como “retardo jurídicamente relevante”— puede tener apoyo en algunos de nuestros textos legales, que parecen separar la “exigibilidad” como situación de apertura para el acreedor de la posibilidad de poner en marcha su derecho de crédito y la “morosidad” como hecho determinante de la responsabilidad del deudor (cfr. artículo 1.101), lo que, a su vez, encuentra justificación en la idea de que mientras el acreedor no reclama, el deudor no infringe, ni viola el derecho de crédito. En las obligaciones puras hay una exigibilidad inmediata (art. 1.113 C. c.), pero no hay responsabilidad del deudor mientras el acreedor no exige o reclama. En las obligaciones a plazo, la llegada del dies abre la exigibilidad (cfr. “serán exigibles”, artículo 1.125), pero no se coloca al deudor en situación de incumplimiento en tanto no preceda la intimación o interpelación, puesto que no rige en nuestro Derecho civil la máxima “dies interpellat pro homine” (art. 1.100).

La segunda tesis —la mora como situación de responsabilidad especialmente agravada— será grata a quienes gustan de creer que las instituciones y los fenómenos jurídicos son lo que aquellos efectos

que producen vienen a denotar. Pues parece cierto que en nuestro Derecho el término “mora” es más que otra cosa una “species facti” de dos muy concretas consecuencias jurídicas: la exclusión de la liberación del deudor en los casos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación de dar cosas determinadas con la consiguiente traslación del *interitus rei* (arts. 1.096 y 1.182), y la obligación de pagar intereses (arts. 1.106 y 1.501) en las obligaciones pecuniarias. En este sentido cabe señalar que nuestro Código civil no deriva la responsabilidad del deudor únicamente del hecho estricto de la morosidad, sino también del hecho de haber contravenido de cualquier otro modo el tenor de la obligación (art. 1.101).

Llevar a cabo una opción entre estas dos grandes maneras de configurar la mora —y, consiguientemente, el retardo no moroso— es una difícil y delicada tarea interpretativa, que sólo puede ser acometida después de ponderar, además de la exégesis estricta de los escasos preceptos legales que pueden ayudarnos a iluminar el panorama, toda una serie de factores de signo muy diverso, entre los cuales creo que no son los de envergadura menor aquellos que se refieren a la protección de los diferentes intereses en juego.

Ante todo, bueno será observar que una configuración de la mora como “retardo jurídicamente relevante” —con su inevitable secuela: que el retardo no moroso, aun siendo falta de puntualidad, no es constitutivo de infracción— será especialmente grato a los deudores, cuya posición resulta especialmente favorecida (*favor debitoris*) e ingrato para los acreedores, a quienes se impone la especial carga de llevar a cabo los actos desencadenantes de la responsabilidad —interpelación o intimación, etc.—. Desde el punto de vista general, denota una economía poco preocupada y poco escrupulosa por la puntualidad o donde la puntualidad o el tiempo o ritmo no juega un papel relevante o no suscita un interés vitalmente apreciable.

Desde otro punto de vista puede señalarse que mediante el sistema de mora como retardo jurídicamente relevante, queda bien guarnecido el interés del acreedor de dinero —banqueros, prestamistas, etc.— a través del juego del interés moratorio, mediante el mecanismo de la exoneración de la prueba del daño, y bastante bien guarnecido el interés del acreedor de una cosa concreta y determinada. Debe tenerse en cuenta que en ambos casos el interés del acreedor se dirige primaria o centralmente hacia el objeto de la obligación —el dinero, la *species*— y sólo en forma menor hacia el *tempus solutionis*.

En cambio, cuando de una economía monetaria, con intercambio de especies, que puede moverse a tempo lento, pasamos a una economía de intercambio masivo de géneros y servicios, que se engranan en el ciclo económico, el factor tiempo adquiere una relevancia primordial. Al fabricante le interesa disponer de las piezas contratadas en el momento en que lo demanda su programa o su plan de producción, y al comerciante recibir los géneros en la coyuntura en que lo exigen sus campañas de venta. El término no es aquí “esencial”

en el sentido riguroso de la palabra, pero el simple retraso comienza a adquirir una evidente relevancia, que no es ya sólo económica, sino también jurídica, como lo prueba el hecho de que nuestro Código de Comercio permita el “deje de cuenta” y la “rescisión por retraso”.

Sobre las distinciones anteriores, aún podríamos establecer una tercera: la que existe entre el caso en que el deudor ha visto transcurrir los plazos contractuales sin acometer en absoluto la prestación y el caso del deudor, en una relación obligatoria duradera—v. gr., suministros, obra—, que va cumpliendo el programa retrasadamente.

Como resumen de todo el razonamiento anterior, los casos de retraso en el cumplimiento de la obligación, a efectos del ejercicio de la acción resolutoria, pueden ser clasificados del siguiente modo:

1.º El deudor ha cumplido enteramente la prestación, aunque lo ha hecho con retraso. En este caso, el acreedor pudo ejercitar legítimamente la facultad de rehusar y si no lo hizo *sibi imputet*. No hay por consiguiente resolución.

2.º El deudor está cumpliendo la prestación, pero lo hace en forma retrasada. En este caso, si existe una específica penalización, es ésta la que debe encontrar aplicación. En otro caso el cumplimiento retrasado puede determinar la resolución del contrato, pero supuesto que el deudor está cumpliendo, aunque retrasadamente, parece necesaria la especial intimidación de la mora.

3.º El deudor no ha cumplido en absoluto la prestación y el plazo para realizarla ha vencido. En este caso, personalmente me inclino por admitir la posibilidad del ejercicio de la acción resolutoria sin necesidad de llevar a cabo especiales actos de intimidación para la constitución en mora del deudor.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

«Atti del Convegno su la valutazione del danno alla persona» (Giornate Medico-legali di Como, Villa Olmo, 30 giugno-2 luglio 1967). Dott. A. Giuffré Editore; Milano, 1968; 303 págs.

Las relaciones entre Medicina y Derecho no se agotan en el campo de la responsabilidad civil. Baste hojear el interesante volumen de homenaje al profesor Schwarz titulado precisamente *Gerichtsmedizin. Bindeglied zwischen Medizin und Recht* (Bern, 1968). Sin embargo, no cabe duda que la valoración del daño ocasionado a la persona con ocasión de cualquier acto ilícito, especialmente en los accidentes de trabajo y de tráfico, originan no pocas dudas interpretativas. ¿Se valorará igual la incapacidad para el trabajo de un rico terrateniente que puede vivir de sus rentas que la de un peón que no tiene más ingresos que su salario? ¿Cómo calcular la indemnización cuando la incapacidad afecta a una mujer casada dedicada a sus labores? ¿Es suficiente aplicar mecánicamente los coeficientes de incapacidad para fijar la cuantía de la indemnización? ¿Debería el legislador promulgar una tabla de indemnizaciones con aplicación general a los pleitos civiles? Estas y otras cuestiones fueron objeto de discusión en las Jornadas Médico-legales de Como de 1967, y ahora se recogen en un volumen, que incluye no sólo las ponencias generales, sino todas las comunicaciones presentadas al mismo, así como el texto de las discusiones. El contraste entre los puntos de vista de médicos y juristas es interesante; entre aquéllos cabe citar a los profesores Franchini y Palmieri; entre éstos destaca la ponencia general de Gentile por la claridad expositiva y la inteligente sistematización de las cuestiones controvertidas. Dada la casi ausencia de bibliografía española sobre el tema, la consulta de esta obra puede ofrecer útiles reflexiones aplicables a nuestro Derecho.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

RICCIO, Stefano: «Il matrimonio nella Costituzione italiana». Cedam, Casa Editrice Antonio Milani; Padova, 1968; 231 págs.

Cuando las pasiones partidistas parecen agitarse en Italia en torno al ya famoso Proyecto Fortuna, bueno es que salgan a la luz pública estudios clarificadores que planteen el problema del divorcio a nivel jurídico, sin olvidar los aspectos constitucionales. La tesis del autor es que el matrimonio civil italiano está configurado por la Constitución con las notas de unidad e indisolubilidad; bien entendido que tales caracteres no sólo se predicen del matrimonio canónico, sino, en general, del matrimonio, lo cual supone un serio esfuerzo de contemplar unitariamente el modelo de unión conyugal.

El autor conduce la argumentación con gran rigor científico, con amplios apoyos doctrinales y legislativos, así como en los ideales democráticos y sociales que inspiran hoy la vida política italiana. No faltan, sin embargo, interesantes aportaciones jurídico-civiles, como su calificación del matrimonio como negocio de fundación, adoptando una terminología más bien de origen iuspublicista, pues fue introducida por Romano y utilizada sucesivamente por Ferrara jr., Forti y, sobre todo, Romanelli en 1935. Digno de destacarse es el capítulo final, en el que se esfuerza por integrar los valores personalistas y comunitarios de las más modernas direcciones filosóficas y post-conciliares dentro del esquema constitucional italiano.

Aunque el autor contempla fundamental y casi exclusivamente la situación italiana, la lectura de esta obra no dejará de ser útil al lector español, ya que no pueden excluirse en el futuro discusiones en torno a la indisolubilidad del matrimonio.

G. G. C.

RODRIGUEZ-AGUILERA, César: «El lenguaje jurídico». Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1969.

El magistrado Rodríguez-Aguilera vuelve nuevamente a ponerse en contacto con el mundo jurídico con una aportación de sus inquietudes literarias. Se trata ahora de un breve opúsculo —70 páginas—, que encierran y comprenden un contenido realmente importante y que hace referencia a esa gran verdad incontestable del lenguaje en el ámbito forense, que es fuente, desarrollo y consumación de toda una actividad trascendente.

Aunque el trabajo constituye un todo homogéneo, su autor la divide en cinco apartados, que subtitula "Singular herramienta de trabajo (El lenguaje del Derecho)", "Bien y cumplidamente (El lenguaje de la Ley)", "Con voces y con palabras (El lenguaje del Abogado)", "Mandar y hacer Derecho (El lenguaje del Juez)" y "De manera buena, llana y paladina (Conclusión)".

Bajo la rúbrica primera: "Singular herramienta de trabajo", con citas de Carnelutti, Carrió, D'Ors y Ortega y Gasset, expone cómo el lenguaje es nada más ni menos que el vehículo absolutamente preciso para responder a las necesidades de la sociedad destinataria del afán jurídico, con unos caracteres de tradicional, que no entorpecen el nacimiento y consagración de unos nuevos estilos literarios inspirados en las exigencias modernas de nuestro tiempo, rebatiendo con toda justeza la oscuridad o dificultad con que a veces pretende herirse injustamente al lenguaje forense, que —dice— si no está al alcance de todo el mundo, tampoco lo está cualquier otro lenguaje científico.

En el segundo apartado del trabajo: "Bien y cumplidamente", en el que estudia el lenguaje de la Ley, dice cómo la norma es y ha sido siempre un texto escrito, que debe obedecer a la necesidad de conocimiento de la sociedad receptora de su efectividad. Hace un bosquejo del desarrollo histórico de las leyes hasta llegar a su modificación y se adentra en el análisis

de las condiciones intrínsecas y extrínsecas de las disposiciones legales, afirmando que una buena divisa para el redactor de leyes debe ser la contenida en la Ley Segunda del Libro Primero del Fuero Juzgo, cuando expresaba que el legislador debe hacer la Ley según derecho, clara y terminante, y ordenada de modo que suponga un beneficio para el pueblo.

A seguido trata del lenguaje de los Abogados ("Con voces y con palabras" las titula, según las Partidas). Los Abogados oyen palabras de sus clientes y con ellas les contestan; de palabras se sirven para parlamentar y asimismo cuando piden la actuación de un órgano del Estado, aunque sean reducidas a escrito. Se extiende sobre las condiciones que debe observar un buen Abogado y acerca de los límites y extensión de la oratoria forense, que, reconoce, ha variado con el tiempo, dado que en la actualidad se tiende a un concepto funcional, alejado, por tanto, de adornos inútiles y ajustado a unos fines de claridad, penetración y agudeza. Califica la actuación del Abogado como la de un colaborador de la justicia, predicando que su lucha debe estar centrada en el triunfo del Derecho.

"Mandar y hacer Derecho" es el título del apartado cuarto, dentro del cual encierra el lenguaje del Juez. Ni que decir tiene que en este capítulo el magistrado Rodríguez-Aguilera vuelca sus conocimientos jurídicos y prácticos, para constituir un auténtico caudal de abundosas y certeras conclusiones en orden al verdadero concepto de la sentencia; sentir interpretativo de las normas, valoración de los hechos, potestad e imperio, propósito legal, sistemas de su entendimiento, creación de realidades, subsunción de la voluntad del Estado en la voluntad del Juez, el mandato legal de los artículos 364 y 365 de la Ley Procesal Civil, razonamiento del fallo y otras muchas cuestiones concomitantes, son tratadas con gran profundidad y acierto y con abundantes citas de nuestros ordenamientos históricos.

Finalmente, en el quinto capítulo o conclusión, que llama "De buena manera, llana y paladina", afirma que la finalidad del Derecho es buscar el sentido de lo justo y señalar las bases para dar a cada uno lo suyo; de ello nace la trascendencia de la palabra jurídica. Es, por tanto, imprescindible que esta palabra, que ha de ser reflejo de la vida, tenga palpación humana. De aquí que el legislador, el Abogado y el Juez, deban hablar a la sociedad destinataria en el lenguaje suyo propio de cada momento, sin que los tecnicismos indispensables desvirtúen la manera de expresión, buena, llana y paladina, a la que se referían nuestros clásicos.

JESÚS CARNICERO
Magistrado

A cargo de BERCOVITZ R-CANO, Rodrigo
MORALES MORENO, José Manuel

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

KAUFMANN, Horst: *Sulla concezione del diritto in termini d'azione*. Año XX (1966); págs. 269 a 287.

Este trabajo, que se dedica al análisis de las principales concepciones históricas en torno a las relaciones entre el Derecho substantivo y el Derecho procesal, parte de la exposición de la situación actual. Según la opinión que hoy domina el Derecho privado y el Derecho procesal civil forman dos campos netamente separados entre sí. Esta separación tiene su raíz en la suprema clasificación del Derecho en público y privado. El Derecho procesal civil es una parte del Derecho público. A continuación se analizan tres etapas históricas: Romana, medieval y escuela histórica.

FASSÓ, Guido: *Diritto en moral e nel pensiero greco*. Año XX (1966); páginas 646 a 655.

El pensamiento filosófico griego arroja claras muestras de una antítesis entre Derecho y Moral. Demócrito distingue la ley interior de la conciencia y la ley jurídica. Esta se refiere a las acciones que el hombre realiza en público. Junto a estas acciones determinadas por la ley jurídicas, existe una conducta que el hombre realiza por el imperativo de la convicción racional. Para Sócrates el deber moral alcanza al de respetar las leyes positivas. Licofrón expresa una contraposición de la legalidad y la moralidad. Antifón también acusa una contraposición entre la conducta dictada por los imperativos jurídicos y la dictada por el imperativo de la conciencia moral. Entre ambas proclama la superioridad de la ética de la conciencia; pero advirtamos que para él los imperativos jurídicos son expresión de un extremado positivismo jurídico, del que intenta huir a través de un iusnaturalismo subjetivista. Incluso para Epicuro la conducta moral dictada por los imperativos de la conciencia aparece distinta de la dictada por las leyes: La primera es propia del sabio, la segunda del vulgo. El Derecho aparece en él como sistema coactivo de pacífica convivencia, necesario porque no todos los hombres son sabios.

GAGOLINI, Luigi: *Positivismo giuridico e analisis del linguaggio*. Año XX (1966); págs. 963 a 970

Se nos presenta una nueva perspectiva del positivismo jurídico, un neopositivismo basado en el análisis del lenguaje. Olivecrona admite que existen conceptos fundamentales en que se expresa la estructura de las normas jurídicas (ejemplo, poder, autorización, obligación); el razonamiento del jurista no es creador, sino repetitivo o reasuntivo de lo que las leyes dicen. Tal manera de proceder no satisface ni a determinados sectores positivistas. El carácter directivo del razonamiento en que se expresa el trabajo del jurista no excluye que su mismo razonamiento sea científicamente relevante.

MERRYMAN, John H.: *Lo "stile italiano": la dottrina*. Año XX (1966); páginas 1160 a 1216.

Destaca el trabajo los principales rasgos de la doctrina jurídica italiana. En el sistema italiano, la doctrina, aunque no sea fuente del Derecho, ejerce una poderosa influencia. Dentro de la rica divergencia de matices, los extremos pueden contemplarse desde una uniformidad media. Dos poderosas corrientes se han dejado sentir en Italia: la de la Exégesis, recibida de Francia, y el Pandectismo. Este último representa el mayor intento de sistematización del Derecho, con olvido de los problemas sociales y económicos. La abstracción y el conceptualismo son los dos rasgos que sintetizan el modo de proceder la doctrina italiana. El trabajo concluye señalando las nuevas orientaciones. Tras la caída del régimen fascista, la democracia lleva a un más vivo interés por los estudios sociológicos.

2. Derecho de la persona.

CASTÓN TOBEÑAS, José: *Los derechos del hombre*. RGLJ, abril de 1969; páginas 535-566.

Conclusión del mismo trabajo. En esta cuarta y última parte se estudia la cuestión de los derechos humanos ante el problema general del mundo de hoy.

CASTÓN TOBEÑAS, José: *Los derechos del hombre*. RGLJ, febrero de 1969; páginas 195-230.

Continuación del mismo trabajo. En esta tercera parte se estudia el problema estimativo de las declaraciones de derechos, las garantías jurisdiccionales y de orden procesal de los derechos del hombre, y la declaración de derechos fundamentales y sus garantías jurídicas en el actual ordenamiento español.

CASTÓN TOBEÑAS, José: *Los derechos del hombre*. RGLJ, enero de 1969; páginas 9-76.

Continuación de un trabajo cuya primera parte ha sido publicada en el número anterior de esta revista. En esta segunda parte se estudian los derechos humanos en su consideración filosófico-jurídica, los derechos fundamentales en la génesis histórica de sus formulaciones positivas y la evolución de las declaraciones en su sentido moderno.

REYES MONTERREAL, José M.^a: *Problemática jurídica de los trasplantes de órganos*. RGLJ, marzo de 1969; págs 404-447.

Se estudia la disposición por la propia persona, por los familiares y por la autoridad judicial. En un apartado final se enumeran los supuestos en que se puede disponer de un cadáver humano y del corazón, aún no paralizado, de una persona, de acuerdo con la legislación vigente. También se establecen los principios básicos para una regulación legal adecuada sobre utilización de seres humanos.

MESSINEO, Francesco: *Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa*. Año XX (1966); págs. 1 a 11.

La acción para hacer declarar la nulidad del contrato no está sujeta a prescripción (art. 1.422 C. c. italiano), ya que "quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere". Mas aunque en el terreno del negocio jurídico el tiempo no pueda cambiar la naturaleza del negocio nulo, otros mecanismos jurídicos permiten el desplazamiento patrimonial que, el negocio, por sí, no fue capaz de provocar. Este papel corresponde, según entiende el autor, a la usucapión de largo plazo y a la prescripción extintiva de la acción de repetición del pago indebido. La ausencia de justo título impide actuar a la usucapión abreviada.

TRIMARCHI, Pietro: *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*. Año XX (1966); págs. 809 a 828.

La ficción legal tiene carácter sancionatorio y opera cuando el intento de determinar o excluir la eficacia del negocio sea contrario a la buena fe contractual; es decir, contradiga a aquellos propósitos perseguidos a través del pacto contractual. En la hipótesis en que el negocio sea instrumento para la satisfacción de necesidades determinadas por el evento previsto en la condición no deberá operar la ficción. En los casos en que es ilícito impedir o provocar el evento, la ficción contraria opera, sin más, si la influencia sobre el cumplimiento de la condición se ha ejercido con dolo; incluso la simple negligencia puede llegar a constituir un comportamiento contrario a la buena fe.

A través del trabajo, el autor intenta demostrar que existe semejanza entre las hipótesis en que se impide la condición y aquellas en que se procura.

3. Obligaciones y contratos.

SCHUBERT, Werner: *Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluss*. ACP - V. 768. F. 5-6. Diciembre, 1968; págs. 470-512.

Se estudian las posibilidades de defensa del contratante a través de la regulación del dolo (§ 123 del BGB) y de la culpa *in contrahendo*, cuando el vínculo convencional ha sido determinado por la conducta fraudulenta de un tercero.

WUNNER, Sven Erik: *Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel*. ACP - V. 168: F. 5-6. Diciembre, 1968; págs. 425-449.

A través del estudio de las obligaciones que atienden a la devolución de lo recibido, tanto en los casos de desistimiento (resolución) como en los de condición resolutoria con eficacia retroactiva, el autor llega a la equiparación jurídica de ambos casos.

KORNBLUM, Udo: *Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§ 315-319 BGB*. ACP - V. 168. F. 5-6. Diciembre, 1968; págs. 450-469.

En este artículo se estudia la naturaleza declarativa o constitutiva de los procedimientos fijados en los preceptos señalados del BGB para la determinación de la prestación.

GAUL, Hans Friedhelm: *Lex commissoria und Sicherungsübereignung*. ACP - V. 168. F. 4. Septiembre, 1968; págs. 351-382.

El autor defiende la nulidad de una combinación del pacto comisorio con la figura de la cesión en garantía.

MOISSET DE ESPANES, Luis: *Obligaciones naturales y deberes morales*. RGLJ, abril 1969; págs. 567-621.

Después de exponer los sistemas angloamericano, francés, germánico e hispanoamericano, el autor concluye que deberes morales y obligaciones naturales son figuras jurídicas distintas, ya que éstas mantienen los elementos esenciales de una obligación; mientras que en aquéllas no se encuentran tales elementos.

TARETTO, Giovanni: *Appnuti su "bbliigo"*. Año XX (1966); págs. 271 a 263.

Se procede a un análisis de las implicaciones jurídicas de la noción de obligación.

AGHINA, Giorgio: *Il destinatario del pagamento e il pagamento al creditore apparente* (artt. 1188 e 1189 cc). Año XX (1966); págs. 76 a 121.

Después de referirse al significado jurídico de los términos, *solutio*, cumplimiento de la obligación y pago, advirtiendo que el Derecho positivo no se atiene totalmente al sentido doctrinal, distingue dos tipos de supuestos: casos en que el cumplimiento se efectúa en mano del acreedor o de otro sujeto que puede ser considerado como destinatario de la prestación, en cuanto que está legitimado para recibirlas; y casos en que el deudor, aun cuando efectúe la prestación a un sujeto no legitimado para recibirla, queda liberado de la obligación. Se profundiza en el examen de cada uno de estos supuestos; por lo que se refiere a los del segundo grupo, trata de la ratificación, del provecho del acreedor y de la aparente legitimación del *actipiens*.

FRAGALI, Michele: *L'inerzia del creditore nella fideiussione solidale*. Año XX (1966); págs. 458 a 472.

En la fianza solidaria se ha entendido que no es necesario proponer la acción contra el deudor garantizado antes de dirigirse contra el fiador. Este criterio, sustentado por la jurisprudencia italiana, es sometido a revisión por el autor. La fianza es una figura de estructura unitaria, ya asuma una forma simple o solidaria; por ello, sostiene que no se puede autorizar al acreedor a confiar solamente en el cumplimiento del fiador y desinteresarse de su relación con el deudor. Con esta orientación interpreta el artículo 1.957 del Código civil italiano.

CATAUDELLA, Antonino: *AdeSIONE al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*. Año XX (1966); págs. 544 a 571.

Se estudian las posibles colisiones entre la contratación individual y la colectiva en el marco de las relaciones laborales. El encuadramiento en un sindicato hace prevalecer el contrato colectivo sobre el individual, en aquellas cláusulas en que existan divergencias desfavorables al obrero.

TREVISÁN, Lucio: *Recenti orientamenti en tema di "negotiorum gestio"*. Año XX (1966); págs. 601 a 609.

La *negotiorum gestio* se ha vertebrado en torno a dos exigencias. El interés individual resalta que ninguno puede inmiscuirse en los asuntos de otro, sin estar por él autorizado. El interés general o colectivo destaca la utilidad que supone para el propio sujeto y para la colectividad la gestión, espontáneamente realizada. A una construcción de la figura, siguiendo la pauta individualista y por tanto, sobre la base del cuasi-contrato, ha sucedido otra, más objetivista, que la contempla como acto individual de contenido patrimonial. En esta dirección objetiva que hoy impera se han mostrado ciertas desviaciones que radicalizan

el significado social de la figura. Impedir que la incuria del dueño provoque la improductividad de los bienes se presenta por algún autor como razón de la misma. Pero frente a lo excesivo de estas opiniones se resalta en el trabajo el significado de la figura del "dominus", y se nos recuerda que la "negotiorum gestio" se sitúa en un plano diferente del de las sanciones que conoce el Derecho. para castigar la improductividad de los bienes.

SACCO, Rodolfo: *Autonomia contrattuale e tipi*. Año XX (1966); págs. 785 a 808.

En torno a la autonomía de la voluntad en la contratación y el límite que a ella opone la existencia de unos tipos configurados previamente por la ley, el autor se interroga si son válidos todos los pactos que no estén especialmente prohibidos o si sólo producen efectos los acuerdos típicos, especialmente reconocidos. Admitida la posibilidad de realizar los intereses merecedores de tutela, a través de contratos no previstos en los tipos legales, se estudian los tipos sociales y jurisprudenciales. El tipo al que se adscribe un contrato determinará los efectos naturales; la importancia que reviste el adecuado encuadramiento del contrato en el tipo, hace dedicar el último apartado del trabajo a los criterios seguidos para realizar la tipificación.

PROSPERETTI, Marco: *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*. Año XX (1966); págs. 1217 a 1251.

El artículo 1.450 del C. c. italiano dispone: "El contratante contra el cual se demanda la rescisión puede evitarla ofreciendo una modificación del contrato suficiente para reconducirlo a equidad".

La rescisión, predeterminada por una lesión de carácter económico, se puede evitar, evitando la susodicha lesión. Además de la transacción y la renuncia, tiende a eliminar la rescindibilidad, la oferta de reducción a equidad. Esta oferta se produce dentro del procedimiento de rescisión, por la parte contra la que el mismo se dirige. Necesita la previa constatación judicial del carácter rescindible del negocio, pues en otro caso no habría lugar a la introducción de la modificación ofrecida. El ofrecimiento de reducción a equidad tan sólo evita el pronunciamiento de la rescisión, que había sido pedido en la demanda. Es una nueva demanda que integra la primera. En caso de que el Juez, juzgando adecuada la reducción a equidad, de lugar a ella, el actor habrá satisfecho su interés, lo que pretendía con su demanda, pues verá eliminada la disminución patrimonial sufrida por él.

4. Derechos reales.

MAESTRE ROSA, Julio: *Los regantes en el Derecho español*. RDN, abril-junio 1968; págs. 215-272.

Artículo dividido en tres partes que se ocupan del dominio sobre las aguas, los antecedentes históricos de la figura del regante y del derecho comparado en materia de aguas.

PAZ ARES, José Cándido: *Examen del ámbito objetivo de la Ley de 27 de julio de 1968 sobre montes vecinales en mano común*. RGLJ, enero de 1969; págs. 77-97.

Esta Ley no es de aplicación a los montes de aprovechamiento comunitario de Galicia que tengan la naturaleza jurídica de comunidad ordinaria romana. Es decir, a juicio del autor, la exclusión se extiende a todos los montes que pueden considerarse típicos del Derecho foral gallego, por lo que se propugna una modificación de la Compilación que recoja fielmente el carácter y significado tradicional de los montes de vecinos, dotándolos de una regulación adecuada.

PORTALE, Giuseppe B.: *Note in tema di compossesso e usucapione*. Año XX (1966); págs. 473 a 508.

Partiendo de una decisión jurisprudencial que admite la unión, a efectos de la usucapión, entre la posesión tenida a título de coposeedor y la tenida con exclusividad; sobre la porción adjudicada después de la división, el autor estudia dos cuestiones en torno a la coposesión. La primera es la naturaleza de la coposesión. Para él se trata de una pluralidad de posesiones, cada una sobre el todo, dentro del límite de la cuota. Rechaza otras posiciones: posesión de una parte ideal del bien; unidad del poder de hecho perteneciente al grupo; fracción ideal del poder sobre la cosa, que representa a la única posesión sobre la misma, dividida entre todos los concurrentes. La segunda cuestión de que se trata es la coposesión *ad usucapionem*. La doctrina usual ha afirmado que la mutación en el concepto de la posesión interrumpe la usucapión e impide por tanto, la *accessio possessionis*. El criterio referido no se comparte en el trabajo: El que ya era poseedor en un concepto y al cabo del tiempo amplía o restringe el concepto de su posesión, puede aprovecharse del tiempo anterior de posesión, a fin de usucapir el derecho de menor entidad. El mismo criterio debe aplicarse a los supuestos en que exista coposesión, y se produzca alguna mutación en ella.

5. Derechos de familia.

WIEDERKEHR, Georges: *Le régime matrimonial légal, l'égalité desepoux et la protection de l'homme marié contre la femme*. RTDC, abril-junio 1969; págs. 230-280.

En el primer capítulo se estudia la protección extrajudicial del marido durante la vigencia del régimen legal nacido de la Ley de 13-VII-1965 y en el momento de su disolución. En el segundo capítulo, sobre las intervenciones del Juez se tratan las modificaciones parciales del régimen y los cambios de régimen.

6. Derechos de sucesiones.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: *El usufructo "ex testamentis" en su regulación positiva*. RDN, abril-junio 1968; págs. 273-299.

Comprende este trabajo un estudio del Derecho comparado en el que se examina la regulación de la materia en los Códigos francés, italiano y portugués. A continuación, al ocuparse de la cuestión en nuestro ordenamiento, vienen tratados en diversos apartados: la regulación del usufructo testamentario en el Código civil y su cuestionabilidad el usufructo mortis causa del viudo y el usufructo testamentario en el Derecho foral. Termina con una propuesta de reforma del Código civil español.

PUIG FERRIOLI, Luis; *La capacidad para testar en Cataluña después de la Compilación*. RJC, enero-marzo 1969; págs. 7-33.

Se estudian las incapacidades que señala la Compilación para otorgar cualquier clase de testamento. En sucesivos apartados se estudia la evolución histórica, la incapacidad por razón de edad y por enajenación mental, el momento en que se exige la capacidad y las consecuencias de la incapacidad.

7. Derecho Notarial.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: *Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial (Decreto de 22 de julio de 1967)*. RDN, abril-junio 1968; págs. 55-214.

En sus apartados se estudian: El despacho, los aranceles, y la residencia del notario; sustituciones, excedencias, concursos y duplicidad de clientela; el turno; grafía y subsanación de errores; desburocratización y modernización de la notaría; la lectura de la escritura; licencia marital; representación, ratificación y adhesión; el juicio de identidad; actas de notificación y actas de requerimiento; las actas de notoriedad; el sufragio activo y pasivo.

II. DERECHO MERCANTIL

1. Contratos.

MESTMÆCKER, Ernest-Joachim: *Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbs beschränkungen zum Privatrech.* ACP. V. 168. F. 3. Agosto 1968; págs. 235-262.

En el marco de la problemática señalada —las relaciones entre el Derecho privado y la regulación de las limitaciones a la libre competencia—, se abordan

especialmente los siguientes temas: La competencia de las autoridades de un "Kartell" en la elaboración de normas de Derecho privado; el mal uso de una posición dominante en el mercado; y la valoración de las uniones de empresa de acuerdo con la Ley contra las prácticas restrictivas de la libre competencia de 1-I-1958.

RUIZ ALONSO, Vicente: *Notas sobre la organización bancaria española.* RJC, enero-marzo 1969; págs. 34-53.

Se expone la estructura del sistema a partir de la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 14-IV-1962.

PUGLIATTI, Salvatore: *Asegno bancario e rapporto unisoggettivo.* Año XX (1966); págs. 433 a 457.

Se ha discutido la naturaleza del cheque emitido por un establecimiento bancario sobre otro de la misma entidad. La particularidad de que librador y librado constituyan un mismo sujeto suscita las dudas. Se recuerda aquí que la circunstancia de que coincidan las situaciones activas y pasivas en un mismo sujeto, produce normalmente la extinción de la relación. Mas frente a esta opinión el autor entiende que, aún en este caso, no se pierde la naturaleza de verdadero cheque, lo cual demuestra con diferentes argumentos.

GALLI, Gianni: *Il pedaggio e la responsabilità dell'autostrada.* Año XX (1966); págs. 970 a 977.

Se consideran en este trabajo dos cuestiones: La configuración del peaje, y la responsabilidad en las autopistas. Señalando la crisis de la teoría contractual sobre aquél, propone una nueva configuración del mismo. En cuanto a la responsabilidad se señalan las modificaciones del riesgo en este tipo de carreteras.

RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe: *Limiti di validità temporale della clausola di vendita a prezzo imposto.* Año XX (1966); págs. 1252 a 1273.

La cláusula que impone la venta de un producto a un determinado precio, usual en los convenios entre el fabricante y los revendedores, para asegurar la venta del producto en condiciones uniformes, choca con la necesidad de reducir el precio, por imperativos económicos, cuando, al pasarse de moda, decrece su demanda. Por esto, esta cláusula no debe operar más allá de ciertos límites temporales.

2. Sociedades.

RÜTHERS, Bernd: *De privatautonomie Gestaltung der Vererbung des Anteils an einer Offenen Handelsgesellschaft durch eine beschränkte Nachfolgeklausel*. ACP. V. 168. F. 3. Agosto 1968; págs. 263-285.

Este artículo se ocupa de los problemas planteados por el establecimiento de una cláusula sucesoria en una sociedad colectiva. Cuestiones no previstas por el legislador, al no haberse enfrentado con la problemática general que supone combinar las necesidades de la empresa con los principios del Derecho de sucesiones.

MERTENS, Hans-Joachim: *Die Haftung wegen Missbrauchs der Leitungsmacht nach § 309 AktG aus schadensersatzrechtlicher Sicht*. ACP. V. 168. F. 3. agosto 1968; págs. 225-234.

Trabajo sobre la aplicación del mencionado precepto, de acuerdo con el cual, los representantes de una empresa dominante habrán de actuar con los conocimientos y cuidados exigibles a un empresario diligente en lo referente a la comunicación de consignas e instrucciones a las sociedades dependientes de su empresa en el marco de un "Konzern" convencional.

SORTAIS, Jean-Pierre: *La noción de llamamiento al público en la nueva Ley francesa de Sociedad*. RDM, núm. 111, enero-marzo 1969; páginas 7-15.

Se pretende aclarar las fórmulas utilizadas por la Ley francesa de 24-VII-1966 en lo que se refiere a los dos modos previstos de constitución de la sociedad, según que haga o no llamamiento al público para constituirse.

3. Quiebra.

SATTA, Salvatore: *Raporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare*. Año XX (1966); págs. 173 a 180.

Estudia la problemática de las relaciones entre la ley sobre crédito fundiario y la ley de quiebras, en orden a la expropiación de los bienes hipotecados en garantía de un préstamo.

4. Derecho marítimo.

CARLON, Luis: *Naturaleza y disciplina del contrato de arrendamiento de buque*. RDM, núm. 11, enero-marzo 1969; págs. 17-46.

Estudio de esta figura que, al no ser contemplada expresamente por el legislador español ha sido normalmente remitida por la doctrina a los preceptos que el Código civil dedica al arrendamiento de cosas. Aunque esto es correcto desde el punto de vista de la causa del arrendamiento de buque,

parece que en lo relativo a las modalidades de cumplimiento de las obligaciones y derechos derivados del mismo pueden aplicarse ciertas normas dictadas para el fletamento.

5, Derecho de patentes.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio: *Reforma del Derecho de Patentes español*. RDM, núm. 111, enero-marzo 1969; págs. 47-71.

Se enumeran las reformas e innovaciones más importantes contenidas en el Anteproyecto de Ley publicado a finales de 1967 por el Instituto de Estudios Políticos.

FERRARA iunior, Francesco: *Una figura anomala di sequestro*. Año XX (1966), págs. 934 a 944.

La ley italiana de 29 de junio de 1939 sobre patentes industriales y marcas prevé en su art. 85 una forma de secuestro, contra el autor de la violación, referido a los objetos y medios de producción por él empleados. En este caso, según el autor, no estamos en presencia de una verdadera providencia cautelar, sino de una particular forma de resarcimiento.

III. DERECHO PROCESAL

CIPRIANI, Franco: *La declaratoria di estinzione per inattività delle parti del processo di cognizione di primo grado*. Año XX (1966); págs. 122 a 172.

La reforma de 1950, por la que se modifica la figura de la extinción del proceso de cognición por inactividad de las partes, no ha contribuido a esclarecer la disciplina de esta materia. El autor entiende que podrían superarse muchas dudas si se entendiese la estructura y la función de la declaratoria de extinción, como acto procesal netamente distinto del mero hecho de la inactividad.

MANDRIOLI, Crisanto: *In tema di invalidazione dei provvedimenti cosiddetti "abnormi"*. Año XX (1966); págs. 572 a 581.

Las denominadas providencias "abnormi" no suponen una razón, autónoma de admisibilidad de la *actio nulitatis*: O implican una violación de las reglas formales, en relación con el principio de la legalidad de las formas, en cuyo caso la "abnormalidad" comporta una razón de nulidad; o implican una genérica falta de poder, que podrá constituir motivo de nulidad absoluta, equivalente a la inexistencia, en los casos de defecto absoluto de poder.

LOIACONO, Giovanni: *La sospensione dell'esecuzione di sentenza arbitrale*. Año XX (1966); págs. 582 a 600.

A diferencia de las otras hipótesis de suspensión de la ejecución de las sentencias, que aparecen disciplinadas en la ley, en la suspensión de la ejecución de la sentencia arbitral, o no se aporta por la ley una disciplina completa o ésta reenvía a la disciplina prevista para otras hipótesis. El estudio se consagra a esta problemática, esclareciendo en ella las normas aplicables analógicamente, la forma de la instancia de suspensión, el término para su proposición, los poderes del juez.

PANANINI, Giovanni: *Riforma del processo civile (Brevi note introduttive)*. Año XX (1966); págs. 609 a 622.

Ur Código procesal está siempre influenciado por las circunstancias de la sociedad en que se produjo. Por eso el de 1875, que respondía a un medio social en que las partes tenían un contacto casi cotidiano, mereció la reforma de 1942. Hoy, el autor entiende oportuno hacer algunos retoques en el Código de procedimiento civil, que sin perturbar las líneas fundamentales de su estructura, tiendan a eliminar algunos inconvenientes técnicos manifestados en su aplicación y tenga, al mismo tiempo, en cuenta las actuales condiciones del ordenamiento jurídico. Se señalan esas modificaciones deseables.

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.

ECAM = 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 Faculdade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollétino 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 Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift 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-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische 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 Commerciales e del Diritto Generales 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 Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 PGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).
 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 Internationale de Droit Comparé (Paris).
 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 Juridica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung una interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
 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 Commercial (Paris).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
 ETDP = 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 Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

I. Colaboración de Jesús DIEZ DEL CORRAL

1. PERSONA JURÍDICA: TERCERO CIVIL: *La opción de compra concedida por un particular obliga a la actual propietaria del inmueble, la sociedad familiar constituida por aquella persona física y sus hijos, siendo el primero el más importante de los componentes de la sociedad, pues ésta no puede ser considerada como tercero civil, desde el momento en que se ha demostrado tuvo conocimiento de la opción.*

PERSONALIDAD JURÍDICA DE SOCIEDAD FAMILIAR: SUS LÍMITES EN CASO DE FRAUDE. A LA LEY: *No puede invocarse la inaplicación de los artículos 35 del C. c. y 6 de la Ley de S. A. cuando la sentencia recurrida no desconoce que la Sociedad tenga una personalidad jurídica distinta de los socios, sino antes bien lo proclama, aunque agregue que en ella no puede ampararse un fraude de ley para dejar de cumplir los contratos válidamente celebrados, máxime en una sociedad familiar y regida de hecho por el padre, en la que la personalidad jurídica constituye una ficción legal.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *La conclusión de la sentencia recurrida de que la sociedad tenía conocimiento y se había subrogado en el lugar del padre para cumplir sus obligaciones, partiendo del hecho cierto de que aquél era el más importante de los componentes de la sociedad, es una presunción normal que debe prevalecer al no demostrarse que fuera ilógica o arbitraria.*

CUESTIÓN NUEVA: *El problema del exceso de atribuciones imputable a los administradores de la sociedad, como cuestión nueva, no puede examinarse en casación.*

CLÁUSULA PENAL: *La triple finalidad, liquidatoria, liberatoria o verdaderamente penal de la aludida cláusula está admitida en nuestro ordenamiento jurídico y para determinar su función en un caso concreto ha de atenderse a la interpretación del contexto del contrato, teniendo en cuenta especialmente que el C. c. establece como presunción general que cumple una finalidad substitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, al disponer su artículo 1.152 que ello ocurrirá si no se ha pactado otra cosa. [S. de 21 de febrero de 1969; ha lugar.]*

NOTA.—La sentencia está en la línea de varias anteriores, como las de 28 de noviembre de 1955, 22 de junio de 1956 y 26 de octubre de 1961, que han procurado romper el hermetismo de la persona jurídica y evitar las consecuencias injustas de mantener a todo trance el dogma de su personali-

dad separada y distinta de la de las personas físicas que la componen. Ver sobre esta materia: Federico de Castro, "Formación y deformación del concepto de persona jurídica". Centenario de la Ley del Notariado. Sección 3.ª, volumen I, pág. 11. Madrid, 1964.

2. POSESIÓN DE BUENA FE: CESACIÓN: *Hasta el momento en que fue emplazado el poseedor en el procedimiento iniciado pidiendo la resolución del contrato de aparcería, lo era de buena fe y, por tanto, tiene derecho a la parte proporcional del producto líquido de la cosecha, conforme al artículo 452 del C. c. [S. de 17 de febrero de 1969; ha lugar.]*

3. PROPIEDAD DE UN ENCLAVE EN CASA ANTIGUA: PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: *Los artículos 1.º y 38 de la L. H. no pueden llegar a amparar que el propietario inscrito de una casa, en la que hay dos habitaciones en los pisos primero y segundo que se introducen en la otra mitad del inmueble, lo sea también de lo que está sobre y bajo ellas, cuando ni en el título por el que se dividió la casa ni en las inscripciones registrales aparece constancia de esa división anormal convenida privadamente.*

DOBLE INMATRICULACIÓN: *A lo sumo, como la otra mitad de la casa está también inscrita con la misma extensión y sin carga alguna, de acuerdo con la escritura de división, se contemplaría un caso de doble inscripción del trozo de referencia, que habría de resolverse conforme a los títulos civiles de los interesados. [S. de 7 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

4. CUESTIÓN DE HECHO: CONSENTIMIENTO UXORIS: *Declarado por el Tribunal a quo la existencia del consentimiento de la mujer a los actos de disposición de los pisos, fundada en la apreciación conjunta de todas las circunstancias, esta base fáctica, no impugnada en debida forma, ha quedado firme y el motivo del recurso, que da por supuesto lo contrario, incurre en una petición de principio que lo hace desestimable. [S. de 3 de marzo de 1969; no ha lugar.]*

NOTA: Aunque de modo totalmente innecesario, pues es problema de fondo, como veremos, era exclusivamente de hecho, el T. S. no ha querido desaprovechar la ocasión para reafirmar su interpretación del artículo 1.413 del C. c., siguiendo una vez más las huellas de Manuel de la Cámara en su trabajo "El nuevo artículo 1.413 del Código civil", A. D. C. 1959, págs. 451 y 847, y 1960, pág. 361. Por su apretada síntesis es interesante transcribir parte del primer considerando de esta sentencia: "El artículo 1.413 del Código civil..., con la finalidad de proteger más eficazmente los intereses de la mujer, fue modificado por la Ley de 24 de abril de 1958, exigiendo en su nueva redacción el consentimiento de la mujer, o, en su defecto, autorización judicial para otorgar actos dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, lo que no quiere decir que se implante un régimen de codisposición a título oneroso para ciertos bienes, sino que la potestad de disposición le corresponde al marido, único al que le pertenece la iniciativa para realizar dichos actos, en los que la mujer no es parte, aunque los consienta, y por ello este novísimo consentimiento "uxoris", limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, y tiene un estrecho

parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, y cuando se hace un uso arbitrario de los mismos cabe sustituirlos por la autorización judicial, por lo que, en principio, parece viable aplicar, por analogía, para solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento "uxoris" origina, las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital".

5. FIDEICOMISO DE RESIDUO: NATURALEZA DEL DERECHO DEL FIDEICOMISARIO: *La jurisprudencia ha declarado ya sin vacilaciones que en el fideicomiso de residuo los fideicomisarios presuntos no adquieren derecho alguno hasta que la condición suspensiva se cumple, o sea, hasta que, fallecido el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo, por lo que a la muerte del fideicomitente surge sólo en favor de los fideicomisarios una expectativa de derecho a adquirir el concepto de herederos cuando la condición se cumpla.*

RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN POR PRETERICIÓN DE UN HEREDERO: *En todo caso para que la preterición de alguno de los herederos produzca la rescisión de la partición, es preciso que se pruebe que hubo mala fe a dolo por parte de los otros interesados y proclamado por la sentencia recurrida que no aparece tal dolosa intención, esta apreciación no impugnada habría de prevalecer. [S. de 22 de enero de 1969; no ha lugar.]*

NOTA: El T. S. mantiene otra vez su postura en el sentido de que en el fideicomiso de residuo el llamamiento a los fideicomisarios está siempre sujeto a andición suspensiva, con la consiguiente aplicación, en caso de premorir aquéllos al fideicomisario de lo dispuesto en el artículo 759 del C. c., excluyéndose el posible derecho de los herederos del fideicomisario al amparo de los artículos 784 y 799 del propio Código.

6. INCONGRUENCIA: *No la hay cuando el fallo impugnado, después de acceder a determinadas pretensiones del actor, absuelve al demandado de las restantes, con lo que es evidente resuelve todos los extremos del suplico. [S. de 28 febrero de 1969; no ha lugar.]*

II. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO

1. CULPA EXTRACONTACTUAL: ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: LÍMITES DE LA TENDENCIA HACIA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: CULPA EXCLUSIVA DEL PERJUDICADO: *Aun reconociendo y suscribiendo la tendencia de la jurisprudencia de esta Sala, encaminada hacia una objetivación, cada vez mayor, nunca total, de la obligación de indemnizar en los casos de lesiones imprudentes o negligentes de bienes jurídicos, es ineludible el acatamiento de la situación fáctica suministrada por la instancia; y en el presente caso las afirmaciones de que "el actor, circulando detrás del camión que le precedía, intentó la maniobra de adelantamiento sin percatarse absolutamente de que la vía se encontraba libre en sentido contrario", que la lleva a la consecuencia de que "sólo él, por falta de cuidado o desatención provocó la colisión, que sin su probada*

negligencia no hubiera ocurrido", hace viable toda imputación de responsabilidad al conductor del vehículo que, caminando por su mano, venía en dirección contraria y chocó con él.

Comentario: No se trata propiamente de una regresión en el camino iniciado por la jurisprudencia, consagrado últimamente en las sentencias de 9 de abril 1963 y 15 de junio 1967 hacia la llamada responsabilidad objetiva, positivamente plasmada en la vigente Ley del Automóvil. Los hechos aquí enjuiciados ocurrieron antes de entrar en vigor esta última, y no cabe duda que los Tribunales han tomado en cuenta los criterios interpretativos de la nueva Ley para juzgar hechos acaecidos con anterioridad, sin duda porque se consideran justos y equitativos. En la Ley del Automóvil, si el accidente ocurre por culpa exclusiva del perjudicado, se excluye la responsabilidad del mero causante físico. Los términos en que se expresa el T. S. plantean el problema de si la doctrina aquí encerrada resulta aplicable a otros supuestos de producción de daños, sin relación con el tráfico.

2. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: EXCESO DE PODER: *Procede el recurso de casación en ejecución de sentencia por la existencia de exceso de poder, hecho patente por haberse resuelto puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, habiendo matizado la jurisprudencia que se entiende como extremos controvertidos en el pleito y decididos en la sentencia principal, no sólo los expresamente mencionados en su fallo de origen, sino todos los que sean consecuencia natural e ineludible de la esencia jurídica de la situación que resuelve; al condenarse a los hoy recurrentes a rendir cuentas de la administración del buque objeto del pleito, no cabe duda que al hundirse éste hay que incluir en dichas cuentas lo percibido por el seguro por ser ello consecuencia natural de la situación de sociedad apreciada en la sentencia ejecutoria para la explotación de dicho buque.*

ACTOS PROPIOS: *Es un principio general de Derecho reconocido por reiterada jurisprudencia que nadie puede ir contra sus propios actos, por lo que si los hoy recurrentes aceptaron incluir en la rendición de cuentas lo que percibiesen del seguro, e incluso propusieron prueba sobre este extremo, no pueden ahora impugnar dicha inclusión.*

III. Colaboración de José PERE RALUY

1. ARRENDAMIENTO DE COSA: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: PRESCRIPCIÓN: *La acción de indemnización de los perjuicios dimanantes de retraso en la devolución de la cosa objeto del arriendo, no es de naturaleza extracontractual y, por lo tanto, no le es aplicable el plazo de prescripción de un año.*

PRUEBA CONFESIÓN EN JUICIO: *La fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás elementos de prueba y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con las otras pruebas y no con independencia.*

CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No pueden examinarse en casación las cuestiones planteadas por primera vez en dicha fase del proceso.* [S. de 10 de febrero de 1969; no ha lugar.]

2. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO PARA DEMOLICIÓN Y RECONSTRUCCIÓN: PLAZO DE PREAVISO: RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: *El plazo de un año durante el cual el arrendatario debe ejercitar la opción entre el retorno o la indemnización, y desalojar el local arrendado, no se interrumpe por el hecho de que el Tribunal contencioso-administrativo que conozca del recurso de dicha índole interpuesto contra la autorización de demolición concedida por el Gobernador civil, disponga la suspensión del acuerdo, ya que la obtención de la autorización gubernativa de demolición constituye el presupuesto de la denegación de prórroga y la LAU considera la resolución gubernativa, como no susceptible de recurso, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ruina.* [S. de 28 de febrero de 1969; no ha lugar.]

3. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CIERRE DEL LOCAL: CONVERSIÓN EN ALMACÉN: *Reiterada doctrina de la Sala I tiene establecido que procede la denegación de prórroga por cierre cuando un local arrendado para una actividad industrial, posteriormente se destina a función accesoria de aquélla, habiendo cierre cuando un local industrial se convierte en almacén.* [S. de 18 de febrero de 1969; no ha lugar.]

4. ACCIÓN DECLARATIVA SOBRE LEGALIDAD DE TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: LEGITIMACIÓN: *No cabe negar que el cesionario del arriendo de un local de negocio, como interesado en el traspaso a su favor otorgado, está legitimado para pedir la declaración de la eficacia de tal acto, sin que tenga que mantener la inseguridad de su situación en espera de la demanda de resolución de contrato por parte de la propiedad; por ello la tramitación del litigio tiene eficacia entre las partes personadas aunque no lo esté el arrendatario—cedente—sin que la falta de presencia de este último en el pleito prive a la parte propietaria de probar cuanto a su derecho convenga acerca de la legalidad o ilegalidad del traspaso sin que todo ello quebrante la doctrina de la Sala I respecto a la necesaria presencia del arrendatario en el juicio de resolución por traspaso ilegal, por tratarse de casos distintos.* [S. de 20 de enero de 1969; no ha lugar.]

5. RESOLUCIÓN POR TRASPASO: ABSORCIÓN DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA POR OTRA: *Si la sociedad arrendataria se extinguió y fue absorbida por otra, en cuanto a todos sus derechos y obligaciones, continuando esta última, a la primera, en el uso del local arrendado, opera la causa 5.ª—traspaso—de resolución de arrendamiento.*

NATURALEZA PERSONAL DEL CONTRATO DE ARRIENDO: *El contrato de arrendamiento tiene naturaleza personal y el uso transferido al arrendatario no puede transferirse a otro, porque ello constituye acto de disposición que es atributo de la propiedad.* [S. de 8 de marzo de 1969; no ha lugar.]

6. INFRACCIÓN DE LA NORMA LEGAL QUE PROHÍBE DESTINAR A OTROS FINES LOS LOCALES DESTINADOS ANTERIORMENTE A HOGAR FAMILIAR: CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN: *La infracción de la que fue disposición transitoria 22 de la LAU de 1956 —disp. adicional 1.ª de la actual— no implica una nulidad susceptible de ser alegada en beneficio de quien infringió la norma; la finalidad de dicha disposición es la defensa general de intereses ajenos a los contratantes. La LAU sólo sanciona la infracción con el desahucio por necesidad social, sin perjuicio de que el arriendo concertado con infracción de la Disp. Ad. 1.ª vincule a los contratantes y no pueda estimarse cometido en fraude de Ley.* [S. 16 de diciembre de 1968; ha lugar.]

NOTA: La sentencia de la Audiencia había desestimado la acción resolutoria ejercitada por el actor al amparo de la causa tercera de denegación de prórroga —cierre del local de negocio—; fundó la desestimación en la pretendida invalidez del arriendo por haberse otorgado en fraude de ley al violar las prescripciones de la Disp. Ad. 1.ª, lo que a juicio de la Audiencia impedía al arrendador, causante de la supuesta invalidez, ejercitar la acción de resolución contractual. El T. S. delimita adecuadamente el alcance de la disposición adicional, sentando la doctrina de que la infracción de la disposición citada no obsta a la plenitud de efectos, inter partes, del arriendo —mientras no opere el desahucio por necesidad social— y, por tanto, a la viabilidad de las causas de resolución que puedan invocarse con arreglo al régimen general de la LAU.

7. AMBITO DEL JUICIO DE DESAHUCIO: INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA DE ARRIENDO COMPLEJO: *El problema de interpretación de una cláusula del contrato de arriendo relativa a la duración del mismo, no puede resolverse en los estrechos límites de un juicio de desahucio, cuando se contempla un contrato no puramente locativo, de naturaleza atípica y compleja.*

CASACION: FORMALISMO: *No puede prosperar un recurso de casación si no se especifica en la motivación el concepto en que se estima cometida la infracción.* [S. de 7 de enero de 1969; no ha lugar.]

IV. Colaboración de Manuel TREZADO RUIZ

1. LOCAL DE NEGOCIO: CARÁCTER: *El destino provisional del local arrendado sigue siendo el de ejercer en él, con establecimiento abierto, una actividad mercantil, cuyo carácter de local de negocio no se pierde por el hecho de que la arrendataria, su familia o personas que trabajan a su servicio tengan en él su vivienda.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVOS: ERROR DE HECHO: INEXISTENCIA: *Ni la denuncia formulada en la Comisaría de Policía, ni las declaraciones prestadas en un juicio de faltas, ni el informe emitido por el Inspector de Trabajo, en el cual expresa su opinión personal al respecto, tienen el carácter de prueba documental a los efectos del manifiesto error en la apreciación de las pruebas.* [S. de 29 de octubre de 1968; no ha lugar.]

2. SUBARRIENDO Y TRASPASO: EXISTENCIA: *Los hechos declarados probados están proclamando la ocupación conjunta o compartida del establecimiento por parte del titular arrendatario con persona distinta y ajena al contrato de arrendamiento, y ello sin consentimiento del arrendador, con la finalidad claramente expresada de llevar a cabo, al propio tiempo que el negocio del primero, las actividades propias del de transportes del segundo, de una manera habitual y continuada, con la autorización del arrendatario y usuario del local referido, por lo que es obvio que ello encaja plenamente en las causas de resolución de la LAU.* [S. de 22 de octubre de 1968; ha lugar.]

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: NOTIFICACIÓN: REQUISITOS: *Aunque al hacer la notificación de imprórroga no se dijo que era copropietaria de otros pisos existentes en el inmueble, tal omisión no constituye infracción, ya que no pudiendo el condueño disponer de la integridad del uso de la cosa, no puede reclamarla para su vivienda.* [S. de 19 de enero de 1968; no ha lugar.]

NOTA: Interpretando el ap. 3.º del artículo 63 de la LAU, de "que se considera no acreditada la necesidad cuando con seis meses de antelación a ser notificada la negativa de prórroga se hubiera desalojado vivienda de características análogas en edificio propiedad del arrendador", ello ha de entenderse de propiedad exclusiva del mismo, no en condominio.

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA DE LOCAL DE NEGOCIO: PROPIA NECESIDAD: REQUERIMIENTO: FORMALIDADES: *No habiéndose reclamado el local para actividad de comercio o industria, sino para la guarda de los coches de servicio particular de la actora y sus familiares, es visto que la reclamación es improcedente, por falta de tal requisito esencial, de necesitar el local para actividad de comercio o industria.* [S. de 29 de noviembre de 1968; no ha lugar.]

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: OBRAS DE AMPLIACIÓN: INHABITABILIDAD: EXISTENCIA: *Si existe declarado grave riesgo para inquilinos y arrendatarios en su permanencia en el local durante las obras, y el riesgo es literalmente la contingencia inminente de que suceda algún mal, es visto que su existencia se opone a la de habitabilidad.* [S. de 5 de diciembre de 1968; no ha lugar.]

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CIERRE INJUSTIFICADO: EXISTENCIA: *Si bien es cierto que la LAU, en su texto de 1956, asimiló el almacén a vivienda y en su virtud la conversión de una tienda en almacén, podía considerarse como cambio de destino sancionado como causa de resolución por el artículo 149, en su párrafo cuarto, antes de que transcurriese el plazo de prescripción de la acción correspondiente, aquella asimilación quedó sin efecto por la reforma de la Ley de 1956, que atribuyó al almacén su verdadera naturaleza de elemento auxiliar participante del carácter del principal al que servía, y por tanto el hecho denunciado no podía ser constitutivo de la causa de resolución citada ni podía entrar en juego el instituto de la prescripción, tanto en su vertiente activa como en la pasiva, por la causa indicada; pero al mismo tiempo el hecho de la conversión unilateral de tienda en almacén*

recobra todo el valor de infracción grave del contrato que en la citada Ley se sanciona con una nueva causa de resolución cuando el cierre o incomunicación con el público, contrarios a su obligado destino, se mantenga durante más de seis meses en el transcurso de un año después de la entrada en vigor de la reforma. [S. de 24 de abril de 1968; no ha lugar.]

7. RENTA DE ACCIÓN DE REDUCCIÓN: Entender que porque el arrendatario resulte también beneficiado con la ocultación, no le quepa ejercitar con éxito la acción de reducción de rentas, supondría tanto como desvirtuar el espíritu y la finalidad primordial perseguida por la LAU, que es la defensa del interés público, y, en su recta inteligencia impone el concluir que existiendo falta de correlación entre la renta percibida y la inferior declarada a efectos fiscales, el arrendatario o inquilino puede ejercitar eficazmente el derecho que la LAU le reconoce. [S. de 20 de julio de 1968; no ha lugar.]

8. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS INCONSENTIDAS: EXISTENCIA: La apertura de huecos en las paredes del inmueble, la sustitución de puerta por ventana y el haberse levantado los muros del cobertizo anexo son obras que, tanto en su conjunto como aisladamente consideradas, alteran de modo esencial y sensible la configuración de la casa arrendada, y al haberse llevado a cabo las primeras fuera del plazo autorizado y la del levantamiento de los muros del cobertizo con posterioridad a su terminación, es decir, después de haber sido construido en virtud de la autorización otorgada, e incorporado al inmueble de que forma parte tal y como dicho cobertizo había sido terminado, es evidente que tales obras se han realizado por el arrendatario sin consentimiento del arrendador. [S. de 17 de febrero de 1968; no ha lugar.]

9. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS INCONSENTIDAS: ALTERACIÓN DE CONFIGURACIÓN INEXISTENCIA: En relación con la modificación hecha en el sistema de puertas de la ventana, cambiando el vertical por cierre de guillotina, es indudable que no afecta a la estructura del edificio, pues se respeta y sigue el mismo hueco de luz. [S. de 17 de octubre de 1968; no ha lugar.]

10. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS INCONSENTIDAS: ALTERACIÓN DE CONFIGURACIÓN: EXISTENCIA: Al haber suprimido el jardín convirtiéndolo en cosa distinta, arrancando y haciendo desaparecer toda clase de plantaciones y el arbolado, que constituían elementos característicos y fijos del mismo, y cambiado la superficie, sustituyendo la tierra absorbente con un afirmado de arena y cemento, se ha producido un cambio físico y radical en el aspecto exterior de la parte afecta por las obras. [S. de 24 de octubre de 1968; no ha lugar.]

11. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS INCONSENTIDAS: ALTERACIÓN DE CONFIGURACIÓN: EXISTENCIA: Las obras, en su conjunto, han modificado de manera esencial y sensible la configuración de la dependencia destinada a cocina, disminuyendo, por un lado, y aumentando, por otro, la cabida de la misma, dotándola, además, de nuevas instalaciones, cocina bñbaina y alacena, que han quedado unidas al inmueble de una manera fija por obra de fábrica, las

cuales obras no puede llevarlas a cabo el arrendatario por un acto de su propia autoridad, so pena de incidir en la causa resolutoria, siendo intrascendente, a tales efectos, el estado en que hubiera de encontrarse el pavimento anterior y la finalidad de las obras, pues lo que la Ley prohíbe y sanciona con resolución del contrato de arrendamiento es que el inquilino o arrendatario usurpen facultades de disposición que corresponden exclusivamente al propietario. [S. de 18 de diciembre de 1968; ha lugar.]

12. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: DECLARACIÓN DE RUINA: *La sentencia recurrida, con base en la declaración contenida en la resolución administrativa, en cuanto estima el estado de ruina de la finca origen del litigio del que dimana el presente recurso, decreta la resolución del contrato de arrendamiento que vincula a las partes litigantes, y como aquella declaración es clara y terminante y ella no tiene otra interpretación que la emanada de su texto literal —ruina de la finca con la obligación de demolerse—, hace evidente la inejecución del recurso formalizado.* [S. de 30 de noviembre de 1968; no ha lugar.]

13. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: SINIESTRO: VALOR REAL: *La expresión legal "valor real" se ha de entender por el que alcanza según lo dictaminado por técnicos, que efectivamente tenga la finca, sin referirlo ni a renta ni al mercado libre de oferta y demanda, que son criterios determinados por distintas motivaciones sociales, que pueden alterar su realidad.* [S. de 19 de junio de 1968; no ha lugar.]

NOTA.—Esta sentencia se refiere a la sustitución de la expresión "valor de la finca a efectos fiscales" del artículo 155 por la de "valor real".

14. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALIDADES: CONSIGNACIÓN: *La recurrente, al interponer el presente recurso de injusticia notoria, esto es, al formalizarlo, no ha acreditado tener satisfechas las rentas vencidas, ni consta en autos que las haya consignado ante este Tribunal, obligación procesal de acreditar tener satisfechas las rentas vencidas, de la que no está exenta por el hecho de haber obtenido el beneficio de pobreza para litigar, ya que esa condición no la libera de cumplir la correlativa contraprestación por el disfrute de la vivienda que lleva en arrendamiento.* [S. de 10 de diciembre de 1968; no ha lugar.]

15. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: MOTIVOS: CONGRUENCIA: *La sentencia recurrida no ha cometido la infracción del deber de congruencia, porque hay que tener en cuenta que cada una de las causas de resolución del contrato de arrendamiento catalogadas en la L. A. U. es independiente, y pueden dar lugar al ejercicio de las respectivas acciones autónomas que continúan teniendo este carácter, aunque se acumulen en una sola demanda, al amparo de la L. E. C. Y si bien es cierto que, conforme al mismo cuerpo legal, no es necesario expresar en la demanda la clase de acción que se ejercita más que cuando por ella haya de determinarse la competencia, nada impide hacerlo, antes bien es recomendable, por razones de claridad y precisión, y así lo entendió el demandante, que en los fundamentos de derecho de la*

demanda la enumera taxativamente, fijando con ello el ámbito del proceso sobre la que ha de actuar la potestad jurisdiccional, a la que no es lícito modificar por su cuenta lo que pertenece al poder dispositivo de las partes, las que, en todo caso, están obligadas, aunque no expresen la clase de acción, a no dejar dudas sobre los hechos básicos de su petición determinantes de la misma, y en el caso de autos no se aludió a la ocupación del local al servicio de terceros extraños a la relación arrendaticia más que para señalarlo como originaria de los daños dolosos efectuados en la finca, causa resolutoria que, como las restantes esgrimidas, fueron desestimadas por la sentencia recurrida. [S. de 7 de junio de 1968; no ha lugar.]

16. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVOS: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: INEXISTENCIA: *La Sala sentenciadora apreció la prueba de confesión dentro de su exclusiva competencia, en combinación de más practicadas en el pleito, que fueron, la testifical, pericial y reconocimiento judicial, por lo que no es lícito combatir el resultado de la apreciación conjunta de la prueba, por el resultado aislado de uno de sus elementos integrantes. [S. de 18 de diciembre de 1968; no ha lugar.]*

17. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVOS: ERROR DE HECHO: *El error de hecho en la apreciación de la prueba consiste, pura y simplemente, en la existencia de una contradicción entre lo que afirma la sentencia recurrida y lo que dicen los documentos o pericias invocados al efecto, que por sí, sin necesidad de interpretación, razonamientos ni deducciones, patentecen la equivocación del juzgador. [S. de 9 de octubre de 1968; no ha lugar.]*

Suscripción anual: España, 400,-- pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.