

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XX
FASCICULO I

ENERO-MARZO
MCMLXVII



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.

JAIMÉ 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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>El deber formal de instituir herederos a legítimos y el actual régimen de preferencia en los derechos civiles españoles.</i>	3
M. ALONSO OLEA: <i>En torno al concepto de contrato de trabajo</i>	117
JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO: <i>Tutela provisional</i>	153

Vida Jurídica

I. Noticias

El primer número de la "Revista de Derecho Urbanístico", por Gabriel García Cantero	165
--	-----

Bibliografía

Libros	167
--------------	-----

BOSCH, F.: *Ehe und familie in der rechtsordnung*, por José Bonet Correa.—*Code de famille et de tutelle de la République Populaire de Pologne*, por Gabriel García Cantero.—CONSTANTINO, M.: *Contributo alla teoria della proprietà*, por José Bonet Correa.—DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, por Jesús Carnicero y Espino.—*Droit y nature des choses*, por Gabriel García Cantero.—FLUMÉ, Werner: *Allgemeiner teil des burgerlichen rechts, II das rechtsgeschäft*, por José Luis de los Mozos.—GARCIA GARRIDO, M.: *Casuismo y jurisprudencia romana (Pleitos tomados del Digesto)*, por José Bonet Correa.—HIERNEIS, Otto: *Das besondere erbrecht der sogenannten foral rechtsgebiete sponiens*, por José Luis de los Mozos.—PERLINGTERI, P.: *Rapporto preliminare e servitu su edificio da costruire*, por José Bonet Correa.—SCARDULLA, Francesco: *La separazione personale dei coniugi*, por Gabriel García Cantero.—SANTOS PASTOR, Angel: *Propietarios, colonos, inquilinos*, por Ignacio Serrano.—TORRABAL SORIANO, Vicente: *El modo en el Derecho civil*, por José Luis de los Mozos.

Revista de revistas

Revista de revistas, a cargo de Antonio Manuel Morales Moreno y Rodrigo Bercovitz 189

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a cargo de D. Antonio de Leyva y Andía 202

Jurisprudencia

I. Sentencias	208
II. Sentencias de suplicación:	
1. <i>Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid</i>	235
2. <i>Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona</i>	237
3. <i>Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada</i>	245
4. <i>Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia</i>	247
5. <i>Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos</i>	248

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 XX
FASCICULO I

ENERO-MARZO
MCMLXVII



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^o

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS
A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles *

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: *Introducción al aspecto formal de las legítimas.* I. *Evolución histórica y desaparición del deber de instituir herederos a los legitimarios.* 1. Posiciones del Derecho romano. 2. El requisito formal de instituir heredero al legitimario en el Derecho de Castilla. 3. Su eliminación en el Código civil. 4. Desaparición del deber de instituir herederos a los legitimarios en el Derecho catalán y en el balear. a) *Cataluña.* b) *Baleares.* 5. ¿Quid en *Aragón?* 6. ¿Quid en *Vizcaya?* 7. ¿Quid en *Navarra?*—II. *Evolución y momento actual del concepto de preterición.* A) *Derecho romano y derecho castellano.* 8. En Derecho romano. 9. En el Derecho histórico de Castilla. B) *El concepto de la preterición en el Código civil.* 10. Exégesis del artículo 814 C. c. 11. ¿Qué ha dicho al respecto la jurisprudencia? 12. Determinación del concepto vigente en el sistema del Código civil. 13. Supuestos de inclusión discutida en el concepto de preterición: a) Institución o legado de cosa ajena. b) Legado de metálico no existente en la herencia. c) Atribución de la legítima bajo condición o término, o a título de sustitución vulgar o fideicomisaria. d) Atribución a título de herencia o legado revocada en el último testamento, o de facto por enajenación de la cosa asignada. 14. Presupuestos de la preterición. 15. Determinación en razón de su parentesco de las personas que no pueden ser preteridas. a) ¿Están incluidos los hijos naturales y recíprocamente su padre o madre en el precepto del art. 814 § 1.º? b) ¿Lo están el adoptado plenamente y su adoptante? c) ¿Es técnicamente preterición la del cónyuge viudo? 16. Determinación de quiénes no deben ser preteridos por razón de las circunstancias del tiempo de su nacimiento o del hecho causante de su carácter de herederos forzosos: a) Herederos forzosos premuertos. b) Herederos forzosos póstumos o quasi póstumos. c) Descendientes de un hijo del testador, nacidos antes o después de otorgarse el testamento, que resulten herederos forzosos del testador por premorir a éste su dicho hijo. d) Descendientes de un hijo desheredado o indigno. e) Ascendientes

(*) El presente trabajo corresponde, con ligeros retoques y las adaptaciones oportunas, a parte de los §§ 4.º y 9.º de nuestro volumen en elaboración, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, correspondiente al tomo LVIII del *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

que por premoción de todos los descendientes —llamados o no— pasan a ser herederos forzosos. 17. Forma de la mención requerida para que no haya preterición. C) *El concepto de preterición en las regiones y territorios de Derecho especial o foral.* a) En *Cataluña*. 18. Antes de la Compilación. 19. Después de la vigencia de la Compilación. 20. La preterición en: b) *Baleares*; c) *Aragón*, y d) *Viscaya*. 21. La preterición en los Derechos forales sin legítima material: e) *Navarra*. f) *Tierra de Ayala*.—III. *Efectos de la preterición.* A) *Introducción histórica*. 22. En el Derecho romano y en el Derecho común. 23. En el Derecho de Castilla. Las Partidas y la interpretación del Derecho común. 24. Tendencia del Derecho Real de Castilla a atemperar los efectos de la preterición. 25. Efectos del empleo de la cláusula codicilar y en el *testamentum inter liberos*. B) *Efectos de la preterición conforme al Código civil*. 26. Problemas que plantea el art. 814. 27. Supuestos en los cuales los efectos de la preterición son sanables. Renuncia de los preteridos. 28. ¿Quién puede impugnar la institución por causa de preterición? ¿Es o no declarable de oficio? 29. Plazo de prescripción y transmisibilidad de la acción por preterición. 30. Conclusiones acerca de la naturaleza de la acción derivada de la preterición en el Código civil. 31. ¿Caben efectos más totales en caso de preterición errónea? 32. ¿Cabe equiparar o aproximar la preterición evidentemente internacional a la desheredación injusta? 33. Efectos de la preterición de hijos naturales, si los instituidos son hijos legítimos. 34. ¿Qué disposiciones del testamento conservan su validez no obstante la preterición? a) Sustituciones vulgares pupilares y ejemplares. b) Sustituciones fideicomisarias. c) Legados. d) Instituciones en cosa cierta. e) Instituciones de cuota limitadas a todo o parte del tercio de libre disposición. f) Mejoras. 35. ¿Qué efectos produce la invalidación de la institución por preterición con respecto a la partición efectuada sobre la base del testamento en el que se incurrió en ese vicio? 36. Propuestas de Derecho constituyente. C) *Efectos de la preterición en las regiones y territorios de Derecho especial o foral*: a) *Cataluña*. 37. Antes de la Compilación. 38. Después de la Compilación. 39. b) *Baleares*. c) *Aragón*. d) *Viscaya*. e) *Ayala*. f) *Navarra*.

Al hacer la recensión de nuestras “Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, José Luis Lacruz Berdejo (1) concluyó propugnando la conveniencia de que se efectúe un *análisis detenido* para “extraerse un planteamiento más nítido del sistema de acciones del legitimario, impregnado todavía hoy por la antítesis romana —o romanista— entre legítima formal y material”; “... las acciones de preterición y, por mimetismo, de injusta desheredación descienden, más o menos remotamente, de las que defienden aquélla, mientras que las otras se insertan en la legítima material (en términos vulgares cabría decir que unas luchan por el feroe y otras por el huevo). Y dado que el derecho de legítima es en el C. c. a la vez formal (relativamente) y material, se produce unas veces la acumulación de acciones diversas (previa una a otra, o no), y otras

(1) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *TEMIS*, año 1966, pp. 173 y ss.

la posibilidad de elegir entre varias. Esta interacción de pretensiones es, a mi entender, uno de los escollos de nuestro Derecho de sucesión forzosa más necesitados de aclaración (más, ciertamente, que el tema de la naturaleza jurídica de la legítima, tan caro a los especialistas de sucesiones)".

Sin embargo, ni en Derecho romano hubo un "abierto contraste", sino una "conexión ideológica" entre la *querella* y el derecho relativo a la *praeteritio*, como ha observado Fritz Schulz (2).

Así, el derecho derivado de la *praeteritio* de las hijas y los nietos *sui* no daba lugar a la nulidad del testamento, sino a la *in partem adcrescere* de carácter evidentemente material (3), y, en todos los casos, no parece que para los juristas clásicos su finalidad real fuera el *honos institutionis vel exheredationis* (4), sino la preocupación por proteger materialmente a los *sui*, que los juristas republicanos sólo se atrevieron a hacer efectiva si el testamento guardaba silencio a su respecto (5). Por eso, el propio Schulz concluye criticando la que llama "explicación popular": "En orden a la *querella*, se dice, que el testador venía obligado a proveer a su pariente más cercano con una parte sustantiva de la herencia (derecho hereditario forzoso material); en el Derecho referente a la *practeritio*, el testador debía rendir a dichos parientes más cercanos un tributo puramente formal, esto es, el *honos institutionis vel exheredationis* (derecho hereditario forzoso formal). De esta suerte se admitía, en conclusión, una obligación del testador que no podía explicarse. La distinción entre derecho hereditario fozoso, material y formal, es demasiado desdichada para que merezca ser mantenida."

Pero de lo que aquí tratamos no es de mantenerla, sino de analizar los aspectos formales de las legítimas desde los ángulos más adecuados para ello, sin pretender que ciertas instituciones tengan carácter exclusivamente material y otras carácter puramente formal, lo cual podría ser inexacto.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESAPARICIÓN DEL DEBER DE INSTITUIR HEREDEROS A LOS LEGITIMARIOS.

1. Posiciones del Derecho romano.

Es sabido que en Roma conforme al *ius civile* los *sui* debían ser instituidos herederos o bien ser desheredados, *nominatim* en caso de tratarse de hijos o *inter coeteros* en caso de ser hijas o nietos bajo potestad del *de cuius* (6), y que este criterio lo extendió el *ius prae-*

(2) FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico* (traducción española de Santa Cruz Tejeiro. Barcelona, 1960), n. 467, pp. 257 y s.

(3) Cfr. SCHULZ, *op. cit.*, nn. 460, 2 y 461, pp. 255 y s.

(4) SCHULZ, n. 465, p. 257.

(5) SCHULZ, n. 466, p. 257.

(6) Cfr. FRITZ SCHULZ, *op. cit.*, n. 460, pp. 254 y s.

torium a todos los *liberi* (7). En la Novela CXV, cap. III, proemio, ap. 2.º, el emperador Justiniano no estimó suficiente la atribución de la legítima material a los hijos y descendientes legítimos otorgada a título de donación, legado, fideicomiso o cualquier otro que no fuera el de heredero, a no ser que hubiera lugar a su justa desheredación y su causa hubiese sido nominalmente expresada en el testamento (8). En el cap. IV se aplicó correspективamente esta doctrina a la legítima de los ascendientes (9).

La razón de esta disposición radicaba en Derecho justinianeo en honor del *nomen*. Resulta así claramente del proemio del cap. V de la misma Novela CXV: “*Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuria liberos reddamus*” (inc. 1.º)... “*Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exhereditationis auferre*” (inc. 3.º). Por eso se admitió en ella que era suficiente instituirlos *in re certa* (10), aunque el así llamado que concurriera con otros llamados *ex asse* se considerase materialmente como legatario (11).

Esto, por sí solo, aclara que el derecho del legitimario a ser instituido heredero no significaba que el mismo tuviera derecho a una *pars hereditatis*, puesto que la legítima material podía quedarle cubierta con una porción de bienes y no necesariamente con una porción de herencia (12).

(7) Cfr. SCHULZ, *op. cit.*, nn. 468 y ss., pp. 258 y ss.

(8) Conforme al apartado 2.º del proemio del cap. III de la Novela CXV, dispuso el Emperador Justiniano: “*Sancinjus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire vel exheredes facere in suo testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsam probabantur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento.*”

(9) “*Iustum autem perperimus et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliquia distinctione disponere...*”, comienza el proemio del cap. IV de la Novela CXV.

(10) Inciso 2 del cap. V, Nov. CXV: “*Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praeccipimus, quidquid autem minus eis legitima portione relicturnum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.*”

(11) A esta solución, para todo caso de concurrencia de instituidos *ex certa re* y *ex asse*—en virtud de la cual éstos se consideraban herederos y aquéllos legatarios—, llevó la Constitución del propio Justiniano, conocida por *lex Quotiens certi quidem* (Cod. VI-XXIV, 13). Las Partidas la recogieron, juntamente con toda la doctrina romana del *Corpus* relativa a la institución en cosa cierta, en la ley 14, tít. III, Partida 6.º (Cfr. nuestros “Apuntes de Derecho sucesorio”, II parte, § 2.º, ed. sep., pp. 146 y ss., y en A. D. C. IV-IV, pp. 1377 y ss.). La conclusión dimanante de relacionar la ley *Quotiens certi quidem* y el cap. V de la Novela CXV, la expresó Vinnio (“*Selectarum Iuris Quaestionum*”, Lib. I, cap. XXIII, cfr. ed. Lugduni 1744, pág. 38), así: “*Si institutus quidem sit filius, sed aut in re certa adjuncto ei coherede simpliciter scripto vel ex parte assis aut ex certis rebus contentus esse iussus sit, quo casu legatarii loco habetur, ut neque actiones hereditarias exercere, neque a creditoribus hereditarii convenire queat*”.

(12) Cfr. nuestro trabajo “Notas críticas a la pretendida distinción entre

Pero, además, la no identificación del derecho a ser instituido heredero y el derecho a recibir la legítima, quedaba patente por el hecho (13) de que si el hijo preterido aprobaba el testamento y renunciaba al *ius dicendi nullum* o a la *querella*, valía tal testamento (14) y, por tanto, éste ya no podía ser impugnado por dicho hijo, que si bien no era heredero ni podía accionar para serlo, en cambio conservaba la *actio ad supplementum* (15) para completar su legítima material. Conclusión que queda aún más aclarada constatando que la aceptación de un legado por parte del legitimario preterido le impedía el ejercicio de la acción de nulidad o la actuación de la *querella* (16), pero no le obstaculizaba (17) que ejercitase la *actio ad supplementum* si especialmente no la hubiese renunciado (18).

Por otra parte, la común opinión de los autores acabó inclinándose por entender que el plazo de prescripción de la *actio ad supplementum* era más largo que el de la *querella* (19), lo cual podía dar lugar a que, aun no pudiendo exigirse la nulidad de la institución ni del título de *heres* por haber prescrito la acción derivada de la desheredación injusta y, en cambio, no obstante cupiese reclamar el complemento material de la legítima.

cuota de reserva y cuota de legítima", núm. 19, b (An. Dr. Civ. XVIII-I, primer trimestre 1965, pp. 74 y ss.).

(13) Cfr. nuestro trabajo "Cautelas de opción compensatoria de la legítima" (en Centenario de la Ley del Notariado, Sección 3.^a, vol. I, Parte I, A, a (pp. 436 y ss.) y Parte III, D, pp. 662 y ss.).

(14) Cfr. Accursius, glosa a la palabra *indictum* del § *Et generaliter* de la ley *Si quando*, Cod. III-XXVIII, 35 (cfr. en "Codicis Iustiniani...", ed. Venecia 1575, t. III, col. 577); Paulus Castrensis "Commentariorum in Codicem Iustinianeorum", Pars. I, Tit. *De inoff. testam.*, L. *Si quando*, § *Et generaliter*, número 4 (ed. 1531, fol. 140 vto.).

(15) Cfr. SALYCETO, "In secundam super III et IV Codicis partem", Libro III, tit. *De inoff. testam.*, 1. *Si quando*, § *Et generaliter*, n. 6 (ed. Lugduni 1541, folio 42), y IASON DEL MAINO, *Prima super Codicem...* h. 1. et §, n. 4 (ed. Lugduni 1553, fol. 151).

(16) Así resultaba de Digesto V-II, 10 §§ 1.^a, 12, 31 y 32.

(17) La posibilidad, no obstante, de reclamar el suplemento está especificada en la ley *Si quando*, § *Et generaliter* (Cod. III-XXVIII, 35, § 2.^a).

(18) Cfr. RAPHAEL FULGOSIUS, *Consilia Utriusque Raphaelis*, Cons. LXXXIII, n. 2, ed. Lugduni 1548, fol. 120; ALEXANDRO DE IMOLA, *Liber Tertius Consiliorum*, Consil. VIII, n. 21, ed. Lugduni 1549, fol. 10; ANTONIO FABRO, *Codex Fabricianus*, Lib. I, Tit. XIX, Def. X; cfr. ed. Nápoles 1765, Tomo I, pág. 182.

(19) Cfr. RODRIGO SUÁREZ, *Repetitionis Legis "Quoniam in prioribus"*, C. de *inoffic. testamento*, Ampliatio décima, n. 7 (*Opera Omnia*, ed. Duaci, 1614, p. 413) y JACOBO VALDES (*Additio a dicha Ampl.*, letra C, vol. cit., p. 436). Este último expone ordenadamente las tres posiciones adoptadas al respecto: 1.^a, la que asimilándola a la *querela* pretendía la aplicación de la prescripción quinquenal; 2.^a, la que la consideró como *actio et conditio ex l. omnimodo*, que como acción personal prescribiría a los treinta años; y 3.^a, los que la estimaron como aplicación de la *petitio hereditatis* y, como tal, de carácter mixto de personal y real, prescriptible también a los treinta años.

2. *El requisito formal de instituir heredero al legitimario en el Derecho de Castilla.*

La ley 5, tít. VIII de la Sexta Partida, recogió de la Novela CXV de Justiniano el requisito formal de deber dejar “el padre, faciendo testamento”, “a su hijo su parte legitima”, “como a heredero” (20).

Como corolario se dedujo que no podía asignarse la legítima en cosa cierta, salvo si se hiciese a *título de institución* (21). Y el fundamento de esa exigencia de que se dejara la legítima a título de heredero, se razonó: “Prima, propter honorem eiusdem tituli... Secundum, propter emolumentum iuris accescendi” (22). También se aplicó la doctrina de que la renuncia a la *querella*, por aprobación del testamento del padre, no incluía la renuncia de la *actio ad supplementum* (23); separándose así de la formalidad del título el derecho a la sustancia y cuantía de la legítima.

Después de suprimida la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, por la Ley 1, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá (24), que pasó a ser la Ley 1.^a del tít. IV, lib. V de

(20) Según prosigue dicha ley 5, tít. VIII, de la 6.^a Partida: “*Mas si aquella parte la dexasse en el testamento, non como a heredero, mas como en razón de manda, estonce podría quebrantar el testamento.*”

(21) Cfr. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successorum creatione progressu, effectuque et resolutionis tractatus*, Lib. II, n. 245 (ed. Salmanticae, 1559, fol. 224); JUAN MATIENZO, *Commentaria... in librum quintum recollectionis legum Hispaniae, Lex I*, tít. IV, Lib. V, gl. 10, n. 57 (ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 81).

(22) DOCTOR LUIS DE MOLINA, *De Primogenitorum Hispanorum origine ac natura*, Lib. II, Cap. XIV, n. 19 (ed. nova, Lugduni, 1749, p. 406). En el mismo sentido, cfr. ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii*, Lib. I, Cap. XI, n. 1, b (ed. Lugduni, 1701, p. 134); DIEGO COVARRUBIAS DE LEIVA, *In Titulum, De testamentis interpretatio*, Cap. Raynutius, 16, § 1, n. 9 (en *Opera Omnia*, ed. Lugduni, 1584, p. 71); JUAN MATIENZO, op. y tít. cits., gl. 10, nn. 53 y 54 (fol. 81). Sin embargo, según VÁZQUEZ DE MENCHACA (op. y lib. cits., § 20, n. 41, *in fine*, fol. 176), la posibilidad de instituir *in re certa* heredero forzoso: “*intellige etiam si testator expressim vetaret, ne huic scripto in re certa tota hereditas posset accrescere*”. Eso indica el carácter puramente accesorio de esta segunda razón.

(23) DIEGO CASTILLO, *Utilis et aurea glossa... super-leges Tauri, lex XXIV, n. 35* (cfr. ed. Methymnae Campi, 1553, fol. 106): “*licet ista appobans iudicium patris excludatur ab ista querella: tamen non repellitur a iure agendi ad supplementum*”.

(24) Frente al principio romano expresado en el proemio del tít. III de la Sexta Partida, de que: “*Fundamento, e rayz, de todos los testamentos, de qual natura quier que sean, es establecer herederos en ellos*”, la ley 1.^a, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá dispuso “..., que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entonces herede aquél que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en tal caso que el testador no hiciese testamento, y cumplase el testamento”. Acerca de las cuestiones que suscita una herencia distribuida en legados, sin designación de heredero, cfr. en nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, II Parte, § 1.^a, A, d (An. Der. Civ., IV-IV, octubre-diciembre de 1951, pp. 1354 y ss. y ed. sep., pp. 123 y ss.), donde hacemos referencia a la polémica entre los autores castellanos en torno

la Nueva Recopilación y del tít. XVIII, lib. X de la Novísima, se planteó si esta disposición había abrogado el requisito formal de deferir la legítima a título de herencia (25). Rodrigo Suárez (26), a quien siguieron otros autores (27), entendió que al suprimirse por dicha ley la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, la legítima pudo dejarse por cualquier título. En cambio, otros autores, como el doctor Luis de Molina (28) y Marco Solón de Paz (29), observaron que una cosa era dar por válido un tesentamento que no contuviera institución de heredero y otra distinta permitir que se dejara la legítima a título diverso del de heredero, por lo cual este requisito no pudo entenderse derogado por la admisión de aquella posibilidad. Hubo cierta inclinación a conciliar estas posiciones y a estimar que la ley del Ordenamiento se aplicaba si el testador no había instituido heredero a ningún hijo ni a otra persona alguna (30) y no, en cambio, si hubiera instituido heredero, sea a extraño, sea a uno solo o a varios de los hijos, disponiendo legados para el otro u otros hijos (31).

a la citada ley del Ordenamiento en su inciso: “*Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se disponen.*”

(25) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I Parte, nota 62 (An. Der. Civ., IV-II, abril-junio 1951, pp. 437 y s., y ed. sep., pp. 21 y s.).

(26) RODRIGO SUÁREZ, *op. cit.*, Ampl. prima, n. 8 (ed. cit., p. 378), señaló como primera excepción a la necesidad de dejar la legítima a título de heredero, “*si statutum permitteret quod sufficeret relinquere filii legitimam quoque relicto titulo*”, y observó “*Quod tene menti ad quandam l. huius regni quae est in ordinatione de Alcalá titu. de los testamentos: quae disponit hodie valere testamentum, et in eo relicta dato, quod deficit heredis institutio*”.

(27) JUAN GUTIÉRREZ (*Practicarum Quaestionem circa Leges Regias Hispaniae Prima pars, Novae Collections Regiae*, Lib II, Quaest. XXXIV, n. 2—cfr. ed. Salmanticae, 1589, p. 82) opinó que dicha ley “*in omnibus intelligi debet, quae expresse tollit obligationem haeredis instituendi, immo eo non instituto decidit valere testamentum, quo ad legata et caetera in eo contenta: ergo si in huius modi testamento, in quo filius non instituitur heres in sua legitima, eidem relinquatur legatum vel fideicommissum aliquod valebit testamentum per hanc 1. et filius poterit petere supplementum legitimae...*”.

(28) El Doctor LUIS DE MOLINA, *op. cit.*, Lib. II, cap. XIV, n. 18 (pág. 406), escribió: “*Ea namque lex nec tacite, nec expresse iura dicentia legitimam titulo institutionis relinquendam esse, corrigeret videtur, siquidem diversum est dicere, quod testamentum absque heredis institutionis relinquenda non sit*”.

(29) BURGOS DE PAZ, *Doctores Burguensis, Marci Solon de Pace, ad leges Taurinas insignes commentarii*, Prima pars, Lex III, VI, conclusio n. 888 (cfr. ed. Pinciae, 1568, fol. 286), opinó que “*dicta lege ordinam, non esse iura communia correcta ex notissimus iuribus quae correctoria iura restringunt: et quia ad casus speciales non extendentur*”.

(30) Cfr. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *op. y lib. cits.*, § XX, n. 281, *ampliatio* 5 (fol. 227 vto.); MATIENZO, ley y glos. cits., n. 56 (p. 81), si bien es de subrayar la razón que este último deduce: “*Et certe si testator nullum facit heredem, necesse non est de legitima tractare, cum per legem istum filii vel alii heredes legitimi succedant in omnibus bonnis cum onere praestandi legata, et omnia alia in testamento relicta*”. En igual sentido JUAN YÁÑEZ PARLADORIO, *Quotidianorum Differentiarum*, Dig. CXLVIII, n. 28 (ed. “*Collonae Allobrogum*” 1761, pp. 390 y s.).

(31) Cfr. COVARRUVIAS, *op.*, cap. y § cits., n. 3 (pág. 70); MATIENZO, gl. cit.,

Pero Matienzo (32) afirmó que en el caso de haberse puesto en el testamento la cláusula *ut valeat omni meliori modo*, todo cuanto se dejara al hijo por cualquier título con cargo a su legítima se entendía dispuesto a título de heredero. Y que, siendo usual esa cláusula, que “*hoc in Regno semper apponi solet in testamentis*”, y como “*notarius simpliciter rogatus censemur clausulas consuetas apponere*”, “*quod testato in dubio voluisse praesumitur testandi secundum communem tabellionem consuetudinem*”, “*tunc demum praeter voluntatem contrahentium adiecta censerit*”. De lo que, como conclusión dedujo (33) que “*hoc in regno legitimae relinque posse quoque relicto titulo, nec corruet tamentum*”. Y añadió que en la regia cancillería Pinciana siempre se practicaba, en aquellas fechas, que el hijo a quien se le dejó algo por cualquier título no impugnaba el testamento sino que reclamaba el suplemento de la legítima; y que, aun cuando no ejercitara su acción para conseguirlo, los regios senadores se pronunciaban para que complementara su legítima.

Todavía en el tránsito de los siglos XVIII y XIX, Juan Sala (34) mantuvo la distinción entre el testamento que contuviere institución de heredero, y el que no la tuviere, para apreciar la necesidad o no de que se nombrara heredero al hijo, explicando que “es la razón de la diferencia que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligación de pagar las mandas que dexó el testador, en cuanto no mengüen su legítima, y en ello no recibe agravio como lo recibiría en el primero, si en su lugar se nombrase heredero a un extraño”.

3. Su eliminación en el Código civil

En el período codificador el problema de la legítima formal volvió a plantearse, pero esta vez en el terreno legislativo. Y el artículo 645 del Proyecto de 1951 fue redactado diciendo: “*El heredero for-*

número 49 (fol. 80 vto.); ANTONIO PICHARDO DE VINUESA, *Commentariorum in quator Institutionum Iustinianorum libros*, Lib. II, tít. XVIII, § “*Igitur quartam*”, n. 26 (cfr. ed. Vallisoleti 1630, pág. 337); DIEGO AYLLÓN LÁINEZ, *Additio- nii eruditissimas ad Varias Resolutiones Antonii Gómezii*, ad Lib. II, cap. XI, número 2, § “*Dubitatus autem*” (cfr. ed. Venetii 1747, pág. 66); PARLADORIO, *Diff. cit.*, n. 29 (pág. 391). Este último autor señaló que la diferente solución respecto al caso de no haberse instituido a nadie heredero radica en que: “*nihil aut parum iniuriae fit filio, nullo herede instituto*”, mientras “*magna filio fit iniuria, quandoquidem, eo spreto, alias instituitur heres*”. Criterio aplicable en el caso de que el testamento sólo se refiriese a los hijos, pues el valor codicilar tácito del mismo se entendía limitado al supuesto de que se dispusiera por igual entre ellos (COVARRUVIAS, n. 3, vers. *Non obstat*) y que “*esse inter liberos maxima et iniuriosa inegalitas*”, “*ut uno eorum instituto caeteris ignobile titulo velit pater satisfacere*”.

(32) MATIENZO, gl. cit., nn. 63 y 65 (fol. 82).

(33) MATIENZO, gl. cit., n. 66 (fol. 82).

(34) SALA (Juan), *Ilustración del Derecho Real de España*, Lib. II Tít. V, número 24 (cfr. 2.^a ed., Madrid 1820, pág. 271).

zoso a quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de ésta”.

García Goyena (35), a la sazón Presidente de la Comisión codificadora, glosó la reforma observando que: “Por Derecho romano y patrio, para que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese por título de heredero; faltando éste, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, título 28, libro 3 del Código, Novela 115, capítulo 5; ley 5, título 8, partida 6; se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado”. “En el caso de preterición puede presumirse ignorancia o falta de memoria del testador; en el de este artículo, no; deben, pues, ser diversos los efectos y de mayor trascendencia en el primero que en el segundo caso”.

El proyecto propugnaba, pues, por modificar de nuevo el concepto legal de preterición y eliminaba la posibilidad de ejercitar la querella cuando en el testamento se hubiese dejado al legitimario algo a título diverso del de heredero (36). Su texto, ligeramente retocado gramaticalmente en el anteproyecto de 1882-1888 (37), y con la supresión ulterior del adverbio “solo” y la adición del inciso “que le corresponda” pasó a ser el actual artículo 815 del Código civil, que dice así:

“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”.

Los primeros comentaristas del Código civil, unánimemente confirmaron que el sentido de la reforma fue la de posibilitar que la legítima se dejara *por cualquier título* (38). Llegóse a afirmar (39) que

(35) GARCÍA GOYENA (Florencio), *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. II —Madrid 1852— art. 645, pág. 96.

(36) La citada Ley 5 del tít. VIII de la Sexta Partida, en su § 3.^o solamente sustituía la querella por la *actio ad supplementum* si lo dejado al hijo le fuese dejado a título de institución: “*Otrosi dezimos que deixando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como heredero, maguer non le deixasse toda la su parte legítima que deue auer según derecho, por todo esso dezimos, que non podría quebrantar el testamento; mas podría demandar, que aquellos que le menguaua de la su parte que deuia auer, que gelo cumpliessen*”.

(37) El art. 800 del Anteproyecto de 1882-1888 dice así: “*El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima, sólo podría pedir el complemento de la misma*”. Nótense los únicos cambios de “dejarse” por “haya dejado” y de “ésta” por “la misma”.

(38) Así, MANRESA, que formó parte de la Comisión Codificadora (*Comentarios al Código Civil español*, vol. VI, art. 814, coment. 1.^o, B, y art. 815 precedentes, 6.^a ed., Madrid, 1932, p. 349 y pp. 356 y s.); MANUEL DE BOFARULL (*Código civil español*, art. 815, cfr. 3.^a ed., Madrid, 1889, p. 258, nota 4); MARIO NAVARRO AMANDI (*Cuestionario de Código civil reformado*, T. III, art. 814, cuestión 2.^a —Madrid, 1890—, pp. 306 y ss.); NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ (*Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, T. I —Valladolid, 1891—, pp. 524 y s.); LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ (*Código civil español, comentado y concordado con el derecho foral vigente*, art. 815 —Barcelona, 1890—, T. III, p. 428); FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, VI-II, cap. XV, n. 111, 2.^a ed. Madrid 1910, p. 937); MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil, comentado y concordado extensa-*

“el testador que nombra heredero a un extraño en el remanente de sus bienes después de pagar sus legítimas a los forzosos, pero sin expresar que instituye a éstos, no obra contra lo dispuesto en la ley, y la institución no debe considerarse nula”. Posteriormente han seguido aquella interpretación muy ilustres autores (40). Incluso entre los sustentadores de la tesis de que el legitimario es siempre heredero (41), no sabemos de ninguno que haya pretendido sostener la persistencia del antiguo requisito formal de instituir herederos a los descendentes legitimarios.

La posibilidad de atribuir la legítima a título de legado fue confirmada por el Tribunal Supremo (42).

mente, T. XIV, arts. 813 a 817, III, C —cfr. 6.^a ed., Madrid 1944—, pp. 428 y siguientes); MODESTO FALCÓN (*Exposición doctrinal del Derecho civil común y foral*, Lib. III, cap. III, sec. II, pár. V, n. 11 —cfr. 5.^a ed. Barcelona 1897—, T. III, p. 238); GREGORIO BURÓN GARCÍA (*Derecho Civil Español, según los principios, los códigos y las leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, § 973 —ed. Valladolid 1898—, III, p. 311). (Puede confrontarse la reproducción de los textos pertinentes de estos autores en nuestras “Notas Críticas...”, notas 242 a 250, pp. 90 y ss.)

(39) Cfr. NAVARRO AMANDI, op. y vol. cits., art. 814, cuestión 1.^a *in fine*, p. 306.

(40) Así: MANUEL CALDERÓN NEIRA (*La colación en el Código civil*, en R. G. L. y J., 111, 2.^o semestre 1907, p. 122); PÉREZ ARDÁ (*Preterición testamentaria parcial*, en R. G. L. y J., 122, 2.^o semestre 1913, pp. 250 y ss.); FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (*Institución de Derecho civil*, vol. III, lec. 90, Madrid, 1932, p. 231 *in fine*); JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español común y foral*, I-II, tema LXIII—4.^a ed. Madrid, 1939—, pp. 295 y s.); DE BUEN (*Notas al “Curso elemental de Derecho civil”*, vol. VIII—Madrid, 1928—, pp. 342 y 345); FLORENCIO PORPETA CLÉRIGO (*Naturaleza jurídica de la legítima en Estudios de Derecho Sucesorio*, del Colegio Notarial de Barcelona, Curso de conferencias de 1945, p. 198); LACRUZ BERDEJO (*Notas al Derecho Sucesorio de Julius Binder*—Barcelona, 1953—, § 32, I, p. 293); DIEGO-ESPÍN CÁNOVAS (*Manual de Derecho civil español*, vol. V, sec. III, cap. III, IV, p. 333).

(41) Cfr., especialmente GUILLERMO G. VALDECASAS (*La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en R. Dr. Priv., XLVII, noviembre, 1963), quien ha negado que el art. 815 recoja la vieja *actio ad supplementum*, afirmando que sólo se refiere a la legítima como cuota de valor y no como cuota de reserva, que es atribuida por la ley directamente (n. II-3, pp. 968 y s.) y, sin embargo, admite que la preterición se excluye con la atribución al legitimario de alguna liberalidad testamentaria (II-2, p. 956).

(42) SS. 16 enero 1895, 21 febrero 1900, 25 mayo 1917, 23 abril 1932. Esta última, en su segundo considerando, dice que “no existe preterición cuando el testador, lejos de omitir, mencione en su última voluntad la persona del heredero forzoso, aunque no le instituya, pero dejándole manda especial e inferior a lo que, por legítima, le corresponda, caso previsto taxativamente en los artículos 815 y 817 del citado Código”.

4. Desaparición del deber de instituir herederos a los legitimarios en el Derecho catalán y en el balear.

a) En Cataluña

La necesidad de instituir heredero al legitimario de la Novela CXV, cap. III, fue derogada en la Constitución dada por Pedro III (IV de Aragón) en las Cortes de Monzón de 1363 (43). Así lo hicieron notar los autores (44) y lo reconoció el Tribunal Supremo en varias sentencias de este siglo anteriores a la Compilación (45).

Hoy, el artículo 122 de ésta, siguiendo el mismo criterio tradicional, determina que el causante podrá atribuir a los legitimarios el valor patrimonial correspondiente a su legítima sea “*a título de institución hereditaria, legado, donación o de cualquier otra manera*”.

b) En Baleares

En Baleares regía en esta materia antes de la Compilación el sistema legitimario romano novísimo o justiniano de la Novela CXV. Pero ¿podía decirse que regía íntegramente?, ¿incluso en cuanto al requisito —de forma interna de los testamentos— de que en ellos se instituyera herederos, siquiera en cosa cierta, a todos los descendientes o ascendientes legitimarios?

Parece que no era así. Ya las *Ordinationis* de Arnaldo de Erill, dadas en 1363 por Pedro el Ceremonioso, establecían una rotunda separación entre *hereu* y *legitimants* (46). Costumbre de cuya persis-

(43) *Constitucions i altres Drets de Cathalunya*, Lib. VI, Tit. II, Const. II, cap. I, inciso final: “*E sis vol per dret de legat, o per qualsevol altra manera, posat que non per dret de institutio, de Fill, o de altres infants en lo testament sie feta, mentio, le testament perco no deja esser irritat, o esser dit irrit o nulle.*”

(44) Cfr. JAIME DE MARQUILLES, *Commentaria Jacobi de Marquilles super Usatus Barchinensis, Usatje Exheredare, vers Iuris quo* (cfr. ed. Barchinonae, 1505, fol. CCXXV vto.). Después de explicar que, según el Derecho común, “legitimam iure institutionis relinquere tenetur aliis testamentum esset nullum”, añade que “hodie non est nullum, etiam quo iure legatis non dicatur iure institutionis, immo tenet et valet ut usis in curia Montissoni domini regis Petris III, constit. in impuberibus”.

JACOBO CÁNCER (*Variorum Resolutionum Iuris Cesarei, Pontifici et Municipalis Principatus Cathalauniac*, Pars prima, Cap. III, n. 13) explicó que: “Iure vero speciali Cathaloniae quicumque relictus titulo, sive institutionis sive legati, pater potest filio legitimam relinquere et nihilominus testamentum valet, ut in const. 2 de pupilars y altres substituts, ad fin” (cfr. ed. Novissima Lugduni, 1712, vol. I, p. 65), y ratificó (párr. III, cap. XX, n. 279) que: “In Cathaloniae tamen cum sufficiat filii quidpiam relinquere, per vim legati, ut testamentum valeat”, y que “legatum factum simpliciter posthumo, trahatur ad omnem posthumum postea nasciturum” (cfr. ed. Lugduni 1683, vol. III, p. 385).

(45) SS. 26 abril 1904, 25 junio 1906, 2 julio 1924 y 4 febrero 1924.

(46) “... statim et e ordenam que estega en libertad del hereu donar a legitimants la porcio in pecunia o en cosas hereditarias.”

tencia certificó el Comité de consultas de la Revista Crítica de Derecho-Inmobiliario en 1931 (47), al contestar que era antigua práctica inscribir las fincas de la herencia a nombre del heredero, “sin perjuicio de los derechos legitimarios”.

Hoy, del artículo 48, § 1.º, resulta que en Mallorca ni en Menorca (por ref. del art. 65) no es requisito formal la institución de los legitimarios, pues aquél dispone que: “*La institución del heredero y el legado a favor de quien resulta ser legitimario implicarán atribución de legítima...*”. Y menos aun en Ibiza y Formentera, puesto que allí se contrapone el “*heredero o donatario*” a “*los legitimarios*” (art. 82), porque el contenido regulado en los artículos 81, 82, 83 y 84 no corresponde al que pertenecería a un instituido heredero, y porque en el § 2.º del artículo 84 regula “*el legado, señalamiento o asignación de cosa específica imputable a la legítima*”.

5. ¿Quid en Aragón?

Como es sabido, los Fueros “*De testamentis nobilis*” y “*De testamentis civium*”, autorizaban a los padres para que “*unum ex filiis, quem voluerint, heredam facere*” y “*alias filiis de bonis suis quantum eis placuerint dimittendo*” [según el Fuero “*De testam. novilis*”, o “*relinquendo*”, según el Fuero “*De testam. civium*”]. Con lo cual parece que el requisito formal de atribuir la legítima a título de herencia pudo circunscribirse, a voluntad del causante, a la institución de uno solo de los hijos (48).

(47) 3.ª y 5.ª consultas del Colegio Notarial de Baleares a la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, resueltas por el Comité de Consultas de ésta, en 18 noviembre 1931 y publicadas por el Colegio Notarial en folleto sin título, fecha ni pie de imprenta (según referencia de LUIS PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*—Palma de Mallorca, 1951—, tit. IV, cap. III, sec. IV, p. 212, nota 5).

(48) Sin embargo, el informe de la Sección que dictaminó sobre la sucesión testada en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1881, estimó que todos los hijos, pese a la desigualdad en lo económico que el padre podía dispensarles, tenían “igual derecho a participar del honor de representar la personalidad del padre”, que debía atribuirles “en concepto de herederos y no de legitimarios” la cantidad que les asignase. En el informe de la Sección que dictaminó sobre la sucesión testada en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1881 (cfr. JOAQUÍN COSTA, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*—Madrid, 1883—, cap. XI, pp. 381-385), y se expuso con referencia a la atribución del título de heredero a todos los hijos que, pese a la libertad del jefe de familia de distribuir su patrimonio entre los hijos desigualmente, se sostuvo que “los hijos todos tienen igual derecho a participar del honor de representar la personalidad del padre y a que la cantidad que reciban de la herencia paterna sea en concepto de herederos y no de legatarios”. El honor del *nomen* y no su *contenido* aparecía, pues, como ratio determinante del concepto y del deber del testador de instituirlos.

Pero ese criterio, según reconoció la propia Sección, no correspondía al tradicional que partía de la existencia del deber de instituir herederos a todos los hijos.

Criterio tradicional que se han expresado diciendo que: "Dados el origen y evolución del Derecho aragonés, es lógico pensar que en su sistema de legítima colectiva, uno al menos de los sucesores forzados ha de ser nombrado heredero" (49). Y así había sido refrendado por el Tribunal Supremo en S. S. de 30 noviembre 1900 (50), 30 de junio 1905 (51) y 28 octubre 1935 (52).

El Apéndice foral Aragonés no aclaró esta cuestión (53).

En cambio, en la reciente Compilación queda claro que la atribución a título diverso del de *institución de heredero* excluye la preterición, y por consiguiente, que se halla también descartada del Derecho de Aragón (54), el tipo de legítima formal, consistente en su aspecto positivo en el deber de atribuir la legítima a título de heredero.

6. ¿Quid en Vizcaya?

Releyendo los textos del Fuero de Vizcaya puede observarse que en ellos no aparece la exigencia de requisito formal alguno relativo al

(49) LACRUZ BERDEJO, *Notas cit. al Binder*, § 32, I, p. 895; y en *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, en *Atti della seconda assemblee internazionale de Diritto Agrario*, de Firenze, 30 sept.-4 oct. 1963, vol. III, p. 576 (Milano, 1964).

(50) La S. 30 noviembre 1900 dice en su primer considerando que: "si bien en Aragón los bienes de los padres constituyen la legítima de los hijos, como aquéllos pueden, *según fuero*, nombrar entre éstos su heredero universal, dejando a los demás lo que quisieren de sus bienes, es evidente que a los meramente legitimarios no les corresponde el carácter de herederos en el sentido expuesto, y que tal carácter sólo puede ser ostentado por el hijo a quien sus padres hayan designado al efecto en su testamento".

(51) La S. 30 junio 1905, en su tercer considerando, estimó que en Aragón el padre puede "atribuir exclusivamente" el "carácter de heredero a aquel o aquellos de sus hijos a quienes al efecto quiere favorecer".

(52) La S. 28 octubre 1935, en su cuarto considerando, razonó que, aunque los bienes de los padres constituyen en Aragón la legítima de los hijos, no corresponde a los meramente legitimarios el carácter de herederos, ya que dicho carácter sólo puede ser ostentado por el hijo a quien los padres hayan instituido como tal en su testamento.

(53) El art. 32 del Apéndice foral aragonés reguló, en su art. 32, tanto la preterición como la *desheredación que no tenga causa legítima*. Podría entenderse que el término *preterición* se emplea en el sentido de *no institución*, puesto que: *α*) contrapone a los preteridos o injustamente desheredados, "los demás, instituidos por parte iguales" (§ 2.º) y "los instituidos" (§ 3.º); *β*) expresa que las porciones a las que aquéllos tienen derecho "se detraerán de las legítimas de los instituidos a proporción de la cuantía respectiva" (§ 3.º); y *γ*) la salvedad de los legados y liberalidades de los efectos de la preterición o de la injusta desheredación la circunscribe de modo expreso, sin hacer distinción de personas, "en cuanto quepan en el tercio libre" (§ 4.º); mientras en el párrafo siguiente (§ 5.º) se ocupa de los legados y liberalidades "a favor de personas extrañas a la descendencia legítima del testador" —calificación de beneficiarios que no hace el precepto anterior— que "rebasan el límite de dicha tercera parte".

(54) Así aparece clara la equivalencia de la "legítima formal" a "ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya" (art. 120, § 1), y la identificación de la *preterición total* a la "falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios" (art. 122).

título dado por el cual hubiera de verificarse necesariamente la atribución al hijo, descendientes o ascendientes, a quien se le dejara toda la hacienda conforme lo autorizado en el Fuero. La ley XI, tít. XX, en su rúbrica, emplea los términos “dejar su hacienda”, y, en su texto, se lee que “puedan dar, así en vida, como en el artículo de la muerte, a unos de sus hijos o hijas legítimos, o a...”, etc. La ley VI, tít. XXI, explica cómo “marido y mujer ambos conjuntamente pueden dar, y donar, o mandar lo suyo a uno de sus hijos...”, y cómo, cada uno de ellos de por sí, el uno sin el otro, puede “disponer de su mitad entre los dichos descendientes, o..., según y de la forma que de suso está declarado” (55). Expresiones “dejar”, “dar, así en vida, como en el artículo de la muerte”, “mandar”, “disponer”, no equivalentes técnicamente a *instituir heredero* y exentas de todo el rigor formalista de la Novela CXV o de la ley 5.^a del tít. VIII de la Sexta Partida (56).

Es cierto que Solano y Polanco (57) explicó que el Fuero facultaba “a los padres para nombrar heredero a un solo hijo en el caserío familiar”, y que, por lo tanto, “la institución de heredero en el Fuero, es libre entre los hijos, si bien hace siempre de éstos herederos forzosos...” (58). Y también es verdad que se ha insistido en comentar

(55) Con semejante terminología, la ley XV del mismo tít. XX del Fuero de Vizcaya, refiriéndose a los bienes que los vecinos de las villas tienen en la Tierra Llana, concluye que sean admitidos para la tal raíz los tronqueros profincos “cómo y según se admiten a los bienes que posean, venden y mandan los vizcaínos, vecinos de la Tierra Llana” [subrayamos nosotros la palabra *mandan*]. La ley XVI, al reglamentar que la raíz comprada sea de la misma condición que ha heredado, dispone que “no puede ser *dado*, ni *mandado* a extraños, salvo al heredero y profinco, que de derecho conforme a este Fuero, lo debe heredar” [los subrayados también son nuestros]. Y la ley XIX, referente a las sepulturas, previene que “si acaeciere que alguno que tenga casa y solar con su casería, y huesas en su iglesia, la dotare e donare o en su fin mandare, y dejare “a algún hijo o descendiente, o heredero suyo” (seguimos subrayando).

(56) Aún cuando el Fuero llama “heredero” a todos los parientes con derecho a la legítima troncal o a ser apartados (“tal hijo, o heredero”, “a falta de herederos descendientes” dice la ley XVII del tít. XX; “salvo al heredero, y profinco, que de derecho conforme a este Fuero la debe heredar”, dice la ley XVI del mismo título) y denomina “heredero principal”, al que se le “dotare, donare o, en su fin, mandare, y dejare, la casa y solar con su caserío y huesas en su iglesia” (ley XIX), en cambio, en lugar alguno exige al testador que emplee tal denominación. A “elegir heredero” (en su rúbrica) y hacer (“*institución o instituciones de heredero*”, y a “hacer la elección e *institución y nombramiento de heredero o herederos*” (en el texto) solamente la ley III del tít. XXI, al ocuparse de determinar las facultades del comisario, que supedita a “que el testador”, “en su testamento y postmota voluntad, no haya nombrado ni declarado a cuál de sus hijos, o descendientes, o sucesores le hayan de heredar, o los comisarios nombrar y elegir”, pero notemos que este texto sólo trata de facultar a lo más —instituir herederos— no de imponer fórmulas para atribuir los bienes que integran la legítima colectiva.

(57) SOLANO Y POLANCO (José de), *La troncalidad en el Fuero de Vizcaya* (Bilbao 1918), cap. V, pp. 252 y s.

(58) Este criterio de que en la legítima colectiva —en Vizcaya como en Aragón— uno al menos de los sucesores forzosos ha de ser nombrado heredero, lo expresó Lacruz Berdejo (Notas cits. § 32, I, p. 295) y pareció abundar en el

(59) que la libertad del Fuero "consiste en el derecho de elegir, entre el grupo de herederos llamados por la ley, aquél que ha de recibir los bienes", y que se ha hablado de la "designación del heredero único".

La vigente Compilación en el § 1.^o del artículo 23 declara que: "*El testador podrá distribuir la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno de ellos apartando a los demás*". Sin que este precepto ni otro alguno exija que la atribución o la elección se hagan a título de heredero.

Recordemos que la legitimidad colectiva vizcaina y la facultad de apartar a todos excepto a uno de los que tienen expectativa a ella, juegan —como hace notar la Exposición de Motivos de la Compilación vizcaina alavesa— sirviendo con fidelidad la *ratio legis* del Fuero, en cuanto éste principalmente despliega sus instituciones en homenaje a la intangibilidad del caserío, al sentido funcional del patrimonio familiar vizcaino, o, como dice líneas antes, "centrando y acotando el Derecho foral sobre la unidad patrimonial de cada caserío y sus pertenecidos". Pero, por otra parte, es de notar que esa función no la realiza el Derecho vizcaino con normas imperativas, sino a través de la libertad de testar circunscrita dentro de cada grupo familiar, y confiando en el buen criterio del padre de familia rectamente formado por las costumbres sanamente vividas y las tradiciones familiares inmemoriales. Lo normal es que el testador instituya un único heredero si sólo cuenta con un caserío, o que, tal vez, cuando disponga de varios, designe distintos herederos, uno por cada caserío y sus pertenecidos.

Pero dada esa libertad de testar básica en el Derecho foral, ¿hay obstáculo para que el causante distribuya en legados toda la legitimidad foral o una parte por lo menos? No vemos incompatibilidad para ello. Especialmente en el caso de que el testador no tenga descendientes legítimos, o bien cuando se trate de un causante vizcaino que sea residente en una villa y que deje bienes troncales en la Tierra llana, supuestos en los cuales parece perfectamente ortodoxo que se disponga de los bienes troncales a título de legado y en el primer caso, que se instituya heredero a un no tronquero, recibiendo este instituido los bienes no troncales, que pueden ser los más valiosos.

Lo evidente es que la Compilación no exige al testador que atribuya el *nomen* de heredero al favorecido con la totalidad de la herencia o con bienes troncales y que menos aceptable sería aún entender, fuera de su letra, que tal omisión nominal, o la atribución por otro título,

mismo ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE (*Variabilidad e intangibilidad de la legitimidad vizcaina*, I, en Estudios Deusto, n. 11 —enero-junio 1958—, p. 116), al afirmar que: "Dentro de cada uno de los grupos enumerados el testador posee libertad para elegir heredero..."

(59) CELAYA IBARRA (Adrián), *Vizcaya y su Fuero Civil*, III Parte, II, c. página 281 (Pamplona 1965).

pudieran ocasionar consecuencias de nulidades que irían en contra del espíritu nada formalista del Derecho vizcaíno y contra la voluntad del causante.

7. *¿Quid en Navarra?*

En Navarra hay absoluta libertad de testar en sentido material, pero ¿existe formalmente la obligación de instituir herederos a quienes tienen derecho a la legítima foral? La cuestión ha sido discutida tratándose de precisar si la legítima foral debe dejarse a título de heredero; es decir, si debe instituirse en ella a los que tengan derecho a la misma (60).

Sin embargo, parece que la doctrina se inclina por la validez del testamento aunque no contenga institución alguna de heredero (61). Especialmente, tampoco parece esencial que, como requisito formal, se atribuya a título de heredero la legítima foral, porque:

1.º) La propia ley de Cortes de Pamplona de 1668, que consagró la libertad de testar, declaró que ésta tendrá efecto "no sólo quedando instituido a un hijo, dejando a los demás solamente la dicha legítima,

(60) Cfr. ALONSO (José), *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes del Antiguo reino de Navarra*, Comentario al Tít. I, Lib. V (cfr. ed. Pamplona 1964, vol. I, p. 314), quien al discutir la necesidad o no de instituir heredero en toda o en parte efectiva de la herencia o si bastaba instituir en la legítima foral afirmó que: "Por punto general parece que basta la institución de heredero en la legítima foral".

(61) No hay ley alguna en Navarra que disponga la necesidad esencial de la institución de heredero, reconociendo Morales en su *Memoria* que los requisitos formales romanos acerca de la institución de heredero para la validez del testamento, no son comprensibles en Navarra, dada la institución formulario de herederos y la libertad de testar (cfr. "Derecho Civil Vigente a Navarra", de la Biblioteca Judicial, vol. II —Madrid 1888, pág. 99). LACARRA (*Instituciones de Derecho Civil Navarro*, arts. 763 a 773, cfr. ed. Pamplona 1932, pp. 148 y ss.) observó que según la ley 16, tit. 13, lib. 3 de la Novísima Recopilación Navarra los padres tienen libertad de disponer *como quisieren* dejando a los hijos la legítima foral, y que por tanto, no hay obstáculo legal en que distribuyan la herencia en legados; citó la S. de 2 de marzo de 1926 que aceptó la validez de un testamento en que no se había instituido heredero en la nuda propiedad y aunque sí en usufructo había premuerto el así instituido, pero se había determinado el destino de todos los bienes, y no aceptó el escrúpulo de Alonso respecto la transmisión en ese caso de las acciones activas y pasivas, ya que entendió que el problema no tenía lugar en Navarra porque el principio romano *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, no responde al espíritu de la legislación navarra y no debe aplicarse a ella. En igual sentido cfr. LACRUZ BERDEJO (*Notas cits. al Binder, § 10, III, p. 99*); ARRIAGA SAGARRA (José Miguel) (*Libertad de testar legítima foral y desheredación en el Derecho navarro*, Pamplona 1948, capítulo III, pp. 22 y s.) y Juan García Granero, José Javier Nagore Yarnoz, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D'Ors Pérez-Peix, José Javier López Jacoisti y José Arréguí Gil en sus Notas a la "Recopilación Privada del Derecho Priavado Foral de Navarra" (Pamplona 1961, nota a la ley 174, pp. 148 y s.).

sino también cuando se *instituyese* o dispusiere a favor de un extraño, dejando a los demás hijos solamente la dicha legítima" (62).

2.º) Al hijo al que se hubiesen donado bienes no es necesario atribuirle la legítima foral en el testamento, según la práctica jurídica usual en Navarra (63). Criterio que venmos recogido en la Ley 235, § 2.º del Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra, de la Comisión Compiladora de 1959, y en la Ley 229 del Proyecto privado de 1967.

II. EVOLUCIÓN Y MOMENTO ACTUAL DEL CONCEPTO DE PRETERICIÓN

A) *Derecho romano y Derecho castellano.*

8. *En Derecho romano*

Los deberes formales de carácter legitimario han sido distintos en los diversos períodos de la Historia del Derecho y varían en el panorama del Derecho comparado, en términos que han oscilado entre el deber de no preterir y el deber de no desheredar sin justa causa. Pero, por otra parte, estos dos deberes no han tenido siempre los mismos linderos.

Así, la preterición se ha estimado, con discrepancia de sistemas y épocas, centrada variablemente en alguno de los siguientes supuestos:

α) Si el legitimario *no hubiera sido instituido heredero ni desheredado formalmente*, aun cuando para esa desheredación formal no se requiriera causa alguna.

β) Si el legitimario *no recibiese nada* del causante, sea por disposición testamentaria o —en algún sistema— por disposición testamentaria o por otro cualquier acto lucrativo, *ni se le hubiese excluido expresamente*; o, en algunos sistemas, *apartado formalmente* en el caso de no recibir nada real y efectivo.

γ) Si el legitimario *no hubiese sido ni quisiera mencionado*, bien sea individualmente o bien de modo genérico, según los supuestos y sistemas.

Del primer supuesto ya nos hemos ocupado (en el apartado núm. I de este trabajo). Ahora (en este apartado núm. II) vamos a ocuparnos de los otros conceptos de preterición que no siempre han aparecido puros, sino que en ocasiones se han entrecruzado e interferido. Pero, previamente a entrar en el examen propiamente dicho del enunciado del presente apartado, creemos conveniente hacer un rápido examen histórico de las variaciones del concepto de preterición, y paralelamente su comparación con el desheredación injusta, aunque limitándola a sus respectivos supuestos y dejando para más adelante el examen de sus efectos correspondientes.

(62) Cfr. ARRIAGA, op. y cap. cits., p. 22 (los subrayados son tuyos para destacar las palabras decisivas).

(63) Cfr. GARCÍA GRANERO, NAGORE, AIZPÚN, D'ORS, LÓPEZ JACOISTI y ARREGUI, *Notas* cit., nota a la ley 229, p. 159.

En el Derecho romano clásico los linderos entre ambas instituciones fueron los que separaron la *praeteritio*, de una parte, y el *testamentum inofficiosum*, de otra.

La *praeteritio* del *ius civile* de hijos *sui*, daba lugar al *ius discendi nullum* del testamento en el caso de no instituirlos ni desheredarlos *nominatim* (*—Titius filius meus exheres esto*); y la de los demás *sui* (hijas y nietos en potestad del testador) daba lugar a la *in partem ad crescere* en caso de no instituirlos ni desheredarlos, al menos *inter coeteros* (*ceteri omnes exheredes*) (64). Y la *praeteritio* del *ius praetorium*, extensiva a los *liberi* (en general varones emancipados, ya fueran hijos o bien nietos hijos de un hijo emancipado del testador y premuerto), daba lugar a la *bonorum possessio contra tabulas*, en caso de no haber sido instituidos ni exheredados *nominatim* (65). La madre no tenía necesidad de instituir o desheredar a sus hijos, nacidos o póstumos, e igualmente el abuelo materno a sus nietos (66).

La inoficiosidad comenzó a estimarse más tarde simultáneamente al nacimiento de su remedio la *querella inofficiosa testamenti*, elaborada por la práctica del Tribunal de los *centumviri*, que en la época de Trajano ya aparece como institución estable (67). Se daba en el supuesto de que a los *liberi* se les hubiese exheredado en contra del *officium pietatis* (68), o cuando se hubiese faltado a dicho *officium* respecto de los demás descendientes que no era preciso instituir o exheredar (es decir, los que se hallasen bajo potestad de otro, vgr., los nietos, hijos de una hija premuerta, en potestad del padre) (69), o por la madre respecto a sus descendientes (70) y, más tarde, en general, para con los ascendientes o los hermanos y hermanas puestos a *turpis persona*, en aquellos casos en que al rescindirse el testamento les debiera corresponder la sucesión *ab intestato* (71). Esta se otorgaba en el caso de prosperar la *querella* siguiendo la pauta de la *bonorum possessio contra tabulas* (72).

El ejercicio de la querella requeriría que el testamento no pudiera invalidarse por el *ius discendi nullum* del *ius civile* ni por la *bonorum possessio contra tabulas* del *ius praetorium* (73). Como requisito posi-

(64) Cfr. FRITZ SCHULZ, op. cit., nn. 460, 461 y 462 pp. 254 y ss.

(65) Cfr. FRITZ SCHULZ, op. cit., nn. 468, 469 y 470, pp. 258 y ss.

(66) Instit. II-XIII, § 7.^o

(67) Cfr. SCHULZ, nn. 476, 477 y 478, pp. 262 y s.

(68) "Inofficiosum dicitur testamentum, quod frustra liberis exheredatis non ex officio pietatis videtur esse scriptum" (SENTENTIAE PAULI, tit. *Dc inofficiosi querelle*, 4, 5).

(69) Cfr. SCHULZ, n. 479, pp. 263 y s.

(70) Cod. III-XXVIII, 15: "Filiam praeteritam a matre ad successionem eius ultra inofficiosi querellam adspirare no posse, explorati iuris est".

(71) Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, § 579, trad. al italiano con notas de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa —Torino 1925—, vol. III, pp. 248 y siguientes.

(72) Cfr. WINDSCHEID, op. y vol. cits., § 584, pp. 260 y ss., y SCHULZ, op. cit., n. 482, pp. 264 y s.

(73) Cfr. WINDSCHEID, § 585, ap. final y nota 10, p. 269.

tivo, era preciso que el testador hubiese faltado al *officium pietatis* (74). Falta que se concluyó por considerar que se daba en aquellos casos en los cuales el Tribunal no estimara que el testador había tenido razones suficientes que justificaran que no les hubiese dejado nada, o bien —antes de surgir la *actio ad supplendam legitima*— cuando les hubiera dejado menos del mínimo estimado (75). Su montante se fijó en la atribución de la *cuarta pars o portio legitima*, ya fuera a título de institución, de legado o de *donatio mortis causa* (76), porción a la cual, en ciertas circunstancias, podían imputarse determinadas liberalidades (77).

En el Derecho de la Novela CXV, según la opinión preponderante entre los romanistas modernos (78), Justiniano equiparó la exclusión de la institución de heredero y la exclusión de la legítima material, derogando el *ius civile* y el *ius praetorium* en materia de preterición, y fusionando sus acciones correspondientes con la *querella inofficiosi testamenti* en su nueva reglamentación. Sin embargo, no fue esta opinión la que preponderó entre los autores del Derecho común, que discutieron sin tregua cuáles eran sus linderos (79).

9. En el Derecho histórico de Castilla.

La distinción entre desheredación injusta y preterición aparece clara en la ley 1 del tit. VIII de la Sexta Partida, que distingue:

α) De una parte la *desheredación a tuerto e sin razón*: “*El fijo o nieto del testador, o alguno de los otros que descienden del por la liña derecha, que ouissem derecho a heredarle si muriesses sin testamento; si lo ouissem desheredado a tuerto e sin razón, puede fazer querella al Juez, para quebrantar el testamento en que lo ouiese desheredado...*” “*... E tal demanda como esta es llamada en latin Querella inofficiossi testamenti, que quier tanto dezir, como querella que se faze de testamento que es fecho contra el oficio de piedad, e de merced que el padre ouira auer del fijo*”.

β) Y de otra parte la preterición: “*Pero si el testador sobredicho, quando estableciesse el heredero, no fiziesse emiente en el testamento, de aquel que auia derecho a heredar, heredandolo, nin desheredandolo, el testamento como este non se quebrantaria; pero non vale nin*

(74) Cfr. SCHULZ, n. 485, pp. 265 y ss.

(75) Cfr. WINDSCHEID, § 581, p. 352, y SCHULZ, n. 480, p. 264.

(76) Cfr. WINDSCHEID, § 583, pp. 258 y s., y SCHULZ, n. 482, p. 264.

(77) Cfr. WINDSCHEID, § 581, pp. 252 y ss.

(78) Cfr. WINDSCHEID, §§ 591 y 592, pp. 283 y ss., y PAUL JORS y WOLFGANG KUNKEL, *Derecho Privado Romano* (Trad. española de la 2.^a ed. alemana, por L. Prieto Castro, Barcelona, 1932), § 210, n. 2, nota 4 (p. 468).

(79) Así reconoce el mismo WINDSCHEID (*op. cit.*, § 592, nota 6, p. 289) que las Basílicas y la Glosa entendieron que el derecho de la preterición no había sido abolido por la Novela CXV. Cfr., asimismo, en ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, cap. XI, nn. 1 y ss., ed. cit., p. 134), sus citas de Bartolo, Baldo, Alejandro, Jasón, Salyceto, Angelo, Paulo de Castro, Cumanus, Decio, Juan de Imola, etc.

es nada. E porende, pues que non deue valer, non se puede quebrantar...”.

Y la ley 10 del título VII de la misma Partida definió la preterición: “*Praeteritio, en latín, tanto quiere decir en romance, como pascimiento que es hecho calladamente, non faziendo mención en el testamento, de los que auian de heredar lo suyo por derecho*”. aclarando despues el modo de preterir: “*non faziendo emiente de su fijo, heredandolo nin desheredandolo*”. Por eso Gregorio López en su glosa a estas dos últimas palabras explicó que: “*praeteritus dicitur qui non fuit institutus, neque exheredatus, unde licet de eo alias facta mentio in testamento, dicetur praeteritus*” (80). Es decir, que la simple mención no excluía la preterición.

La distinción entre los supuestos de la *querella inofficiosa testamenti*, del *ius dicendi nullum* y de la *bonorum possessio contra tabulas* permanece viva en los autores castellanos (81).

Aparte de la cuestión de si la preterición efectuada por la madre debía considerarse como tal o como desheredación injusta (82) o de si la preterición del emancipado daba lugar al *ius dicendi nullum* o sólo a la *bonorum possessio contra tabulas* (83), se debatió la frontera de ambos vicios, y especialmente en:

- α) La preterición hecha expresamente, ya sea sin indicación de causa o bien con expresión de ella (84).
- β) La desheredación hecha sin expresión de causa.
- γ) La disposición de la legítima a título de legado.

También se planteó si el hijo instituido en cosa ajena debía entenderse preterido (85) —al contrario que en caso de ser instituido en cosa inexistente, caso en el cual el testamento se reputaba nulo (86)— y si le hijo a quien el padre entregó en vida la legítima podía anular el testamento por preterición (87).

(80) Cfr. esa Glosa de GREGORIO LÓPEZ, traducida al castellano en las Siete Partidas, ed. y vol. cits., p. 548, gl. 76.

(81) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras “*lo quebrantasse*”, de la ley 7, tít. VIII, 6.^a Part. (cfr. ed. cit.—Barcelona, 1843—, vol. cit., p. 569, gl. 45); ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super Legibus Tauri, lex XXIV, n. 1, vers. Sexto y Séptimo* (cfr. ed. Salmanticae, 1575, fol. 90); DIEGO COVARUVIAS, *In tit. de Testamentis...*, cap. *Raynuitis, Ex capite*, nn. 1 a 6. (ed. y vol. cits., pp. 65 y ss.).

(82) Cfr. ANTONIO GÓMEZ, *Variae...*, cap. cit., n. 1 (cfr. cit., p. 134), y GREGORIO LÓPEZ, versículo final de la Glosa a las palabras “*Contra el officio de piedad*” de la ley 1, tit. VIII, Sexta Partida (ed. y vol. cits., p. 563).

(83) Cfr. ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum... super Legibus Tauri, Lex XXIV, n. 1, vers. Sexto* (fol. 89). y COVARUVIAS, loc. últ. cit., nn. 2 a 5, pp. 65 y s.

(84) V. gr., con esta fórmula “a tal hijo mío lo dejo preterido, no lo instituyo ni lo desheredo”. añadiendo o no el *por qué* de esta actitud.

(85) Cfr. DIEGO CASTILLO, *op. y lex cits.*, n. 46. fol. 117, opinó que: “*Si temen relinquitur filio res aliena in testamento titulo institutionis, valet cum debeatuer aestimatio*”.

(86) DIEGO CASTILLO, n. 45, fol. cit.: “*Testamentum est nullum in quo filius est institutus in re non stante.*”

(87) Cfr. GREGORIO LÓPEZ, glosa a las palabras “*heredándolo nin deshere-*

En general se estimó que preterición expresa y desheredación significaban lo mismo (88). Y, efectivamente, la ley 10, tít. VII de la 6.^a Partida expresó como equivalentes los supuestos en que “*el padre non dixesse en su testamento razón cierta, por que desheredava a los que descenden del, o por que non facia enemico dellos en su testamento*”. Pero se tendió a aplicar el remedio de la nulidad a ambos supuestos si no se hubiere expresado la causa y el de la querella, también a ambos si se hubiese expresado la causa (89).

Sin embargo, Covarrubias (90) opinó que tanto a la preterición expresa como la desheredación verificadas sin expresión de causa les correspondía el remedio de la *querella inofficiosa testamenti* y no el de la acción de nulidad del testamento, pues en el Derecho anterior a las Novelas al hijo desheredado sin expresión de causa no le com-

dándolo” de la ley 10, tít. VII de la Sexta Partida, se inclinó por estimar que no era posible tal impugnación, dado que ninguna injuria se le causó al hijo (cfr. ed. y vol. cits., p. 548, gl. 76).

(88) Así: GREGORIO LÓPEZ, en su glosa a las palabras “*o por que non facia enemico dellos*”, de la ley 10. tít. VII. Part. Sexta (cfr. en castellano, vol. cit., p. 549, nota 81), estimó que: “*si enim apponernet verba privativa, tunc esset exhereditatio, et non praeteritio*”, y que “*ista lex Partitarum indistincte loquatur*”. DIEGO CASTILLO, *op. cit.*, ley XXV, n. 56, vers. *Praeteritio* (fol. 54 vto.): “*praeteritio est sine causa exhereditatio*”... “*istud est proprie, sed improprie sit etiam cum causa et tunc dicitur exhereditatio*”. COVARRUBIAS, loc. últ. cit., *Ex capite Raynatius*, n. 2 *in fine* (ed. y vol. cits., p. 65): “*institutio heredis fieri debet nominatim, et tamen constat aequipollentibus verbis posse quam heredem institui, nempe his verbis: Titius hereditatis mee dominus esto... aut Sempronius sit bonorum omnium dominus... Sic etiam exhereditatio non est necessario ita superstitionis verbis concipienda, quin et valeat hac forma concepta: Non instituto filium meum heredem, quia me verberavit, aut praetereo filium meum...*”.

(89) La citada ley 10 del tít. VII de la Sexta Part. dio base a esta solución, al explicar que “*ha menester, que quando el padre quisiese que vala su testamento, e ouier sabor de desheredar su fijo en él, que muestre razón cierta por lo que faze, nombrándolo diciendo señaladamente que por aquella razón lo deshereda: ça de otra guisa non valdría el testamento*”. GREGORIO LÓPEZ, al glosar las palabras “*ça de otra guisa non valdría*” (cfr. ed. y vol. cits., p. 549, gl. 79), dice que ese texto aprueba la opinión de Bartolo, Baldo y Salyceto, y que repreuba la de Fulgosio y de Imola, al comentar la *Authent. Ex causa*, quienes sostienen que, aun por derecho de las Novelas, el testamento no era nulo, por más que la desheredación se hubiese hecho sin expresión de causa legítima y que, por consiguiente, en este caso, era menester rescindirlo por la querella.

La misma distinción y opinión expresaron ANTONIO GÓMEZ, “*Variac...*”, cap. XI, n. 3, *argum.* (ed. cit., p. 135), donde concluye: “*Quae iura simpliciter, et generice loquuntur, aequiparando praeteritionem et exhereditationem sine causa, ut sit nullum testamentum, et cum causa, ut mero iure valeat: sed possit impugnare causa non probanda*”. Criterio seguido por el jesuita Luis de Molina, “*De Iustitie et Iure*”, Tract II, Disput CLXXV, n. 28 (cfr. ed. Novissima Colloniae Allobrogum, 1733, vol. I, p. 392).

(90) COVARRUBIAS, *op.*, caput. y capite cits., n. 6 vers. *Displacet tamen y vers. Novella etenim constitutio* (ed. y vol. cits., p. 66), quien añade que por otra parte las palabras de los textos griego y latino del § *Si autem de dicta Novela indican mejor la posibilidad de rescisión que de nulidad ipso iure*, y, finalmente, que en ella Justiniano no sancionó ni estatuyó de nuevo, que preterido o desheredado sin causa, el hijo pudiese por ello reclamar la nulidad del

petía el *ius dicendi nullum*, sino la *querella*, lo cual no fue corregido en la Novela CXV. Por otra parte, opinó que al *non valdría* de la ley 10 del Tít. VIII de la Sexta Partida, aun referido expresamente al testamento, no parece que pudiera dársele un riguroso sentido de nulidad (91); sino que esta ley (92) y la 4 del Tít. VIII de la misma Partida (93) —en opinión del propio Covarrubias (94)— “*tantum probari, querelae locum esse omnino facta exheredatione, et probata causa ingratitudinis, quae tamen a testatore nominata non fuerit; quod Imola et sequaces minima negant*” (95).

Estos argumentos muestran que la desheredación que evita la pre-

testamento de su padre, sino que, aun rescindida o irrita por causa de preterición o de desheredación la institución de heredero, el testamento en lo demás se mantuviera firme.

(91) Nótese que, a la inversa, Gregorio López, en sus glosas primera y séptima, a la ley 7 del tit. VIII de la Sexta Partida (cfr. en versión castellana ed. y vol. cits., pp. 568 y s., gls. 39 y 55) entiende “quebrantando” y “*lo quebrantasse*” en sentido lato “*sive ex causa exheredationis sive ex causa praeteritionis*”, “*et quod it dicit quebrantando, intellige largo modo, et procedat etiam evacuat, seu annullato testamento ex causa praeteritionis*” (gl. 1.^a; y: “*Sive per querelam sive per ius dicendi nullum, vel per bonorum possessionem contra tabulas*” (gl. 7).

(92) Los dos últimos apartados de la Ley 10, tit. VII, Sexta Part., dicen así: “*Pero dezimos que maguer diga el padre en su testamento razón cierta porque deshereda su fijo, o su nieto, que non duee ser creydo, a menos de la prouar el mismo, o aquellos que establecio por sus herederos. E si por ventura el padre non dixesse en su testamento razón cierta, por que desheredaua a los que descienden del, o por que non fazia enmiente dellos en su testamento, non la podria después mostrarse el heredero, nin duee ser oydo sobre esta razón; maguier diga, que él prouara contra el fijo, que erró en tal manera contra el padre porque decia ser desheredado: ante dezimos, que el fijo duee auer la heredad de su padre, c el otro estrano que fue escrito en el testamento non duee auer ninguna cosa*”. Covarrubias (loc. ult. cit.) explica ambos supuestos con esta contraposición: “*querela proposita, et ex ea rescisso testamento, e quod causa ingratitudines nominata non fuerit a testatore, poterit filius exheredatus agens ex intestati causa ad patrem hereditatem, repelli exceptione ingratitudinis obiecta et ipsa ingratitudine probata*” (n. 7, p. 66); y: “*si causa ingratitudinis a parente expressa probetur vera, querela effectum non habebit*”..., e: “*Immo filio suo praeterito causa inserta ipsius ingratitudinis vires assumitur testamentum, si causa ille vera probetur*” (n. 8, p. 67).

(93) La ley 4, tit. VIII, Partida Sexta, contrapone, entre las razones “*porque non se quebranta el testamento, en que alguno fuese desheredado*”, el del desheredado por el testador “*por tal razón*”, si el heredero esto non pudiese prouar, que el otro fiso el yerro por que le desheredó el testador”, y la de que “*si alguno que fuese desheredado, cayasse e non querellasse hasta cinco años después que el heredero ouisse entrado en la heredad del testador, que los cinco años en adelante non se podría querellar; c maguer se querellasse, queriendo mostrar razón por que non decia ser desheredado, non duee ser oydo*”. (Notemos que en este segundo caso no se distingue si se había o no expresado la “*razón por que non decia ser desheredado*”, es decir, el defecto de la desheredación dispuesta por el testador).

(94) COVARRUVIAS, loc. ult. cit., n. 6, vers. final (p. 66).

(95) Cfr. en sentido contrario la alusión a la opinión de Imola, que hizo Gregorio López en su glosa a las palabras de la ley 10, tit. VIII, Sexta Partida, “*ca de otra guisa non valdría*” —que hemos referido *supra* en nuestra nota 89 de este epígrafe—, entendiendo tal opinión contradicha por esa ley.

terición puede hacerse con palabras que literalmente no declaran la desheredación. Pero, *¿quid* del otorgamiento de un legado a un hijo sin instituirle ni desheredarle? Para los autores que no estimaron suficiente, aun después del Ordenamiento de Alcalá, sea en caso alguno o bien en algunos supuestos, ese modo de atribución de la legítima (96), ¿significaba preterición o desheredación injusta? La 6.^a Partida, en su tit. VIII, después de decir en su ley 1.^a que el testamento que no nombrase al hijo “*heredándolo, nin desheredándolo*”, tal testamento “*non se quebrantaría; pero non vale, nin es nada*”, “*pues que non deue valer, non se puede quebrantar*”, expresa en su ley 5 que si su parte legítima se dejase al hijo “*non como a heredero, mas como en razón de manda, estonce podria quebrantar el testamento*”. Esto nos lleva, por lógica, a no estimar ese caso como de preterición, sino de desheredación tácita. Pero Gregorio López, al glossar la palabra “*quebrantar*” de ese inciso, observa: “Dicendo de nullitate contra testamentum, cum tale testamentum, in quo deficit institutio filia, est nullum” (97). En cambio, Vázquez Menchaca entendió que no era supuesto del *ius dicendi nullum*, sino de la *querella inofficiosa testamenti* (98).

En el período anterior a la Codificación predominaron: la opinión de que la desheredación hecha sin expresión de causa no significaba preterición (99), y la de equiparar los términos *romper* y *anular*, dando por extinguido el *ius dicendi nullum* (100). Y ese criterio llevó a que el artículo 669 del Proyecto de 1851 situara en el ámbito de la desheredación injusta las *hecha sin expresión de causa o por una que no sea de las legales o cuya certeza no haya sido probada* (101). A la par que, conforme al proyectado artículo 645, ya no podía considerarse

(96) Cfr. *supra*, I, n. 2.

(97) GREGORIO LÓPEZ, glosa 3 a la ley 5, tit. VIII, Sexta Partida (cfr. en castellano, ed. y vol. cits., pág. 566, gl. 26).

(98) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. cit., lib. III, § 20, n. 245, fol. 224 —para cuyo supuesto entendió, “*tenemus testamentum valitulum mero iure, licet querelae subiacet*— y n. 263 (fol. 226) —“*hodie ad creationem testamenti, eiusque primordialem validitatem non sit necesse legitimam titulo institutionis relinque, sed tantum ad querelam evitandam, per quam testamentum initio validum affirmari potest*”—.

(99) SANCHO LLAMAS Y MOLINA (*Comentarios a las Leyes de Toro*, ley XIV, n. 20, cfr. 3.^a ed. Madrid, 1853, vol. I, p. 437); JOAQUÍN ESCRICHE (*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*), 3 ed., Madrid, 1847, t. I, p. 633; FLORENCIO GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 669, p. 112. Se había inclinado anteriormente por esta opinión, aunque de modo vacilante, SALA (op. y vol. cits., lib. II, tit. V, n. 27, p. 174). En contra, con vacilaciones, BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*), vol. III, cap. IV, § X, art. 2.^a (ed. Madrid, 1863, p. 427).

(100) Cfr. nuestras “*Notas críticas...*”, n. 17, locs., cits., p. 62.

(101) La misma equiparación se mantuvo en el anteproyecto 1882-1888, con parecidas palabras referidas a la desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza no se pruebe, o que no sea una de las legales (cfr. ed. concordada por M. PEÑA, pp. 256 y s.).

como preterición ni como desheredación la atribución a título singular de la legítima (102).

B) *El concepto de la preterición en el Código civil.*

10. *Exégesis del artículo 814 C. c.*

El Código civil dedica a la preterición al artículo 814, que en su actual redacción, dada por Ley de 24 de abril de 1958, dice así:

“La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas” (103).

(102) Cfr. *supra*, I, n. 2.

(103) En su redacción primera, este § 1.º del artículo 814 decía así: *“La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”*. Literalmente era igual al § 1 del artículo 799 del Anteproyecto 1882-1888, con la sola diferencia de que en lugar de, “*o sea, que nazcan después, de muerto el testador, anulará*”, decía: “*o nazcan después, aun muerto el testador, anula*”. La sustitución con respecto al texto del Proyecto de 1851, del adverbio “*aún*”, por la preposición “*de*”, y la supresión de la coma que lo separaba de la anterior palabra, “*después*” dejaba aparentemente fuera de texto los *cuasi póstumos*, al no aludir así el Anteproyecto a los nacidos después del testamento y antes de morir el testador. En cambio, no había lugar a este problema en el artículo 644 del Proyecto de 1851, pues englobaba a *cuasi póstumos* y *póstumos* en el “*o nazcan después*”, que con la adición del inciso que comenzaba con el adverbio “*aún*”, aclaraba que se comprendían también los herederos forzosos nacidos “*muerto el testador*”. El cambio de “*aún*” por “*de*” no parece que pudiera haberse realizado con conciencia de producir tal exclusión, sino que razonablemente sólo pudo resultar como fruto inadvertido de una corrección de estilo no suficientemente valorada en sus consecuencias.

Los autores estimaron a los *cuasi póstumos* incluidos en el artículo 814 (cfr.: MANRESA, op. y vol. cits., art. 814, coment. 1.º, A, p. 348; SCAEVOLA, op. y vol. cits., arts. 813 a 817, B, pp. 423 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, op., vol. y cap. cits., n. 34, 1.º, pp. 1131 y ss.; IGNACIO FALGUERAS Y OZAETA, *Algunas consideraciones acerca del artículo 814 del Código civil*, en R. G. L. y J. 117, 2.º semestre 1910, pp. 352 y ss.; DE BUEN, notas cits., p. 344). Su principal argumento para considerarlos incluidos, fue la interpretación sensu contrario del § 3.º del artículo 814: Si sobrevive al testador un heredero forzoso —y lo es el *cuasi póstumo*— preterido se anula la institución. La Resolución de la Dirección de Gracia y Justicia del Ministerio de Ultramar de 30 octubre 1896, también llegó a igual solución, teniendo “como meros casos citados, sin pretensión de ser los únicos, aquéllos que el texto legal consigna”. En cambio, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 mayo 1888, se atuvió a la literalidad del artículo 814, § 1.º; pero tal vez sólo fuera por haberse dado en la partición al hijo no instituido “el derecho que podía pretender en la herencia”. Esta misma Dirección, en Resolución 24 enero 1941, estimó la igualdad de *póstumos* y *cuasi-póstumos* a efectos de su preterición, por entender que tienen iguales derechos a la herencia de sus padres, igual trato en la revocación de donaciones por supervivencia de hijos y por estimar el argumento antes referido apoyado en el párrafo final del propio artículo 814. La

“La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código” (104).

“Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto” (105).

Sin embargo, el concepto de la *preterición*, según el propio Código, también puede resultar, aunque sea indirectamente, de sus artículos 851 y 815. Del primero, al incluir en el concepto de desheredación injusta la *“desheredación hecha sin expresión de causa”*; y del segundo porque, según antes vimos (106), elimina el antiguo requisito de que la legítima debía dejarse a título de herencia.

Estos dos artículos hacen patente que en el Código civil una profunda modificación se ha operado en el concepto de la preterición. Este ya no responde al concepto del Derecho romano de *no instituir heredero ni desheredar formalmente*.

Pero la determinación del alcance del nuevo concepto en el Código y, por ende, de sus posibles supuestos, y la enumeración de que legítimatos no deben ser preteridos, merecen un examen más detenido y discriminado. Comenzaremos por el problema primeramente enunciado.

¿En qué consiste la preterición, según el Código civil?

Desplazado en concepto romano de la preterición, como situación del *no instituido heredero ni desheredado* expresamente, nos quedan dos vías para llegar a precisar el nuevo concepto:

Una, siguiendo un viejo criterio de distinción entre preterición y desheredación injusta, y trasladándolo de la *no institución de heredero* a la *no atribución de la legítima*. Así tendríamos: desheredación injusta, o privación expresa aunque injusta de la legítima; y preterición, o privación total tácita de la legítima (107).

Resolución 10 mayo 1950 recogió la opinión de atribuir a una errata la omisión de los *cuasi póstumos* en el viejo 814, por *“haber colocado la preposición “de” en vez del adverbio “aún”, entre las palabras “después” y “muerto””*.

La nueva redacción no puede entenderse que excluya de los efectos de la preterición la de los *cuasi póstumos*, ya que éstos, al fallecer el testador, son *“herederos forzosos en línea recta”*, ni la de los *póstumos*, porque éstos —conforme al art. 29— desde el momento de la concepción se tienen por nacidos *“para todos los efectos que le sean favorables”* (cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho civil*, I, II-1 —2.ª ed., Madrid, 1964—; *Derecho de la persona*, III-2, p. 194, *in fine* y nota 1).

(104) En su primera redacción, este párrafo citaba los artículos 844, 835, 836 y 837. No existía en el artículo 644 del Proyecto de 1851 ni en el artículo 799 del Anteproyecto de 1882-1888.

(105) Párrafo idéntico al correlativo de la primera redacción del mismo artículo, al § 2.º del artículo 799 del Anteproyecto de 1882-1888, y al § 2.º del artículo 644 del Proyecto de 1851.

(106) Cfr. *supra*, I, n.º 2 y notas 37, 38, 39 y 40.

(107) Así MANRESA, op. y vol. cits., art. 814. coment. 1.º (ed. cit., pp. 346

Otra, ahondando en la distribución entre el aspecto material y el aspecto formal de la legítima. Así observaríamos: Que la preterición era esencialmente formal: no institución ni desheredación expresas. No habiéndola en caso de institución del legitimario aunque el contenido a él asignado fuera extrahereditario (dote o donación *ob causam* previamente otorgada). Y habiéndola, aunque se le atribuyera a título singular toda la *pars bonorum* del haber relictio. En cambio la *querella inofficiosi testamenti* primigeniamente tendía a reintegrar al legitimario su *portio debita* material, aunque éste hubiera sido ritualmente desheredado si no hubiera causa para ello; pero no actuaba si tal porción de bienes la hubiese recibido el legitimario, aunque fuese por cualquier otro título. Y así: hoy la preterición, al no ser necesaria la atribución o exclusión expresa del título de heredero, no sería sino la omisión formal (108) de un legitimario (109); mientras que la des-

y ss.) define así la preterición de un heredero forzoso: "O no se le nombre si quiera, o, aun nombrándole como padre, hijo, etc., no se le instituye heredero; ni se le deshereda expresamente, ni se le asigna parte alguna de los bienes, resultando privado de un modo tácito de su derecho a la legítima". Líneas entes contrapone: "La privación expresa de la legítima constituye la *desheredación*. La privación tácita de la misma se denomina *preterición*". En el mismo sentido, cfr.: SCAEVOLA (op. y vol. cits., arts. 813 a 817, III, B, p. 420); SÁNCHEZ ROMÁN (op. y vol. cits., cap. XVI, nn. 32 y 33, pp. 1130 y ss); DE BUEN (Notas y vol. cits., § 7.^o p. 344 *in fine* y s); VALVERDE VALVERDE (op. y vol. cits., cap. XIII, § III, p. 307); CASTÁN TOBÉNAS (op. y vol. cits., tema LXIII, pp. 297 y s); ROYO MARTÍNEZ, op. cit., cap. XXI, § 4.^o, p. 243); ESPÍN CÁNOVAS (op. y vol. cits., sec. 3.^a, cap. III § V, pp. 333 y ss); PUIG PEÑA (op. y vol. cits., cap. XIV, I, B, 2.^o, p. 376); GUILLERMO G. VALDECASAS (*La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en R. D. P. XLVII —noviembre 1963— II, 2, pp. 65 y ss); ALFREDO GARCÍA BERNARDO LANDETA (*La legítima en el Código civil* —Oviedo, 1964—, pp. 101 y 104 y ss).

(108) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO (*El acrecimiento en la mejora*, IX, en *Anales de la Ac. Matr. del Not.* II —Madrid, 1946—, p. 539, nota) ha afirmado que en nuestro régimen de la preterición: "Estamos ante la sucesión necesaria formal de los pandecistas". ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* —Madrid, 1945—, art. 15, 3, I, nota 11, pp. 142 y ss) observó que "el alcance de la obligación de contar con los herederos es doble: "formal", mención de ellos en el testamento, y "material", dejación de bienes de la herencia o de una cuota suficiente para cubrir su legítima".

(109) Parece que definen preterición como no mención: LÓPEZ R. GÓMEZ (op. y vol. cits., cap. XVIII, art. 2, n. 12, p. 619), según quien preterición "no es otra cosa sino la omisión en el testamento de los herederos forzosos del testador" y "sólo tiene lugar cuando el testador ni instituye ni deshereda, ni menciona bajo ningún concepto a un heredero forzoso..."; José GONZÁLEZ PALOMINO (loc., nota y pág. últ. cit.), el cual entiende que la base, "exclusiva y suficiente, para la acción impugnativa del legitimario preterido es su omisión en el testamento", que la ley quiere "que cuando el testador pone su pensamiento en la hora de la muerte, no aparte de él el recuerdo de ciertas personas"; ROCA SASTRE en sus *Notas al "Derecho de Sucesiones"* de Theodor Kipp (vol. II —Barcelona, 1951— § 130, I, pp. 286 y ss.), donde hace equivalentes: preterición a *omisión*, y no preterición a *mención* o *recuerdo*; BONET RAMÓN (op. y vol. cit., n. 132, pp. 702 y ss.), que define preterición como *omisión* y la contrapone a "la mención, el recuerdo" que debe resultar en el testamento. Plantea la cuestión y la considera dudosa PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-III, —Barcelona, 1964— cap. II, 2.^o, pp. 206 y ss.).

heredación injusta sería toda privación total no ajustada a Derecho del contenido material debido a un legitimario que, al menos, hubiese sido mencionado.

Por el primer camino, si el contenido material de la legítima se hubiese cubierto con una donación, no habría preterición aunque el testador no hubiese mencionado a tal legitimario en su testamento (110). En cambio, por el segundo camino, deberíamos hallar, para el mismo supuesto, la solución contraria (111).

Si se sigue la segunda vía, la mención de un legitimario sin hacerle atribución testamentaria alguno, equivaldría a cometer con él una desheredación injusta (112). Pero, de seguirse la primera vía, sería tanto como preterirle (113).

Sin embargo, caben otras soluciones menos contrapuestas. Cabe,

(110) ANGEL SANZ (loc. últ. cit.), GONZÁLEZ PALOMINO (loc. últ. cit.), BONET RAMÓN (op. cit., n. 133, pág. 705). Bonet excluye que "el heredero forzoso a quien el testador entregó durante su vida algo equivalente a su legítima, pueda pedir la nulidad de la institución de heredero, siempre que no se le mencione en el testamento".

(111) Consecuentes con esta solución, dimanante de su concepto de la preterición, han entendido que el heredero forzoso omitido en el testamento no debería poder invocar la preterición para pedir que se anulase la institución de heredero, si el testador le hubiera entregado en vida algo imputable a su legítima: MANRESA (op. y vol. cits., art. 815, pp. 357 y ss.); SCAEVOLA (op. y vol. cits., art. 813 a 817, III, C. p. 429); VALVERDE VALVERDE (op. y loc. cits., p. 311); DE BUEN (Notas y loc. cits., § 7, b, p. 345); CASTÁN TOBEÑAS (op. y loc. últ. cits., p. 298, b); Royo (op. y loc. cits., p. 244); ESPÍN (loc. últ. cit., p. 334); PUIG PEÑA (cap. últ. cit., B, 1.º, pp. 374 y ss.).

(112) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (*El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en Rev. Der. Natural, VII, enero-marzo, 1955, p. 68), con su habitual penetración, ha observado que "la ley al exigir que la desheredación, para que sea válida y eficaz, se haga en testamento expresando la causa a que obedece (que ha de ser una de las previstas), sobreentiende que existen desheredaciones que pueden no venir adornadas de estos requisitos y, por tanto, nada se opone a que dentro de esas desheredaciones irregulares quepa incluir las que se realicen en forma tácita. Estas desheredaciones irregulares no son, claro es, válidas, sino que determinan las consecuencias del artículo 851. Conceptualmente no hay reparos que oponer a la desheredación tácita, ni por tanto a la asimilación de la preterición intencional a una forma prohibida de desheredación. Si el nervio de la desheredación está en la voluntad del testador que quiere excluir de la herencia a un heredero forzoso no cabe duda de que esta voluntad puede existir y manifestarse en forma tácita, sin necesidad de que se realice en el testamento una declaración formal. La falta de formalidades impedirá que esa voluntad pueda surtir los efectos apetecidos por lo cual el heredero forzoso no quedará privado de su condición de tal".

Esa intencionalidad, como dato determinante, la habíamos aplicado en un ámbito más reducido al supuesto de que el testador, después de mencionar a un heredero forzoso en la parte expositiva del testamento, le omitiera totalmente sin hacer manifestación alguna respecto al mismo en la parte dispositiva (cfr. "Apuntes de Derecho Sucesorio", I parte, § 5, nota 163 *in fine*, ed. sep., p. 53, y A. D. C. IV-II, p. 469), por entender que "puede presumirse hubo omisión involuntaria del nombre de éste —el no nombrado en la institución en la cual se nombraban a los demás hijos—, de no deducirse cosa distinta de las restantes cláusulas del testamento".

(113) Así: FELIPE CLEMENTE DE DIEGO (op. y vol. cits., Iec. 90, p. 231 *in*

aún, estimar que para excluir la preterición hace falta no sólo la mención testamentaria, sino, además, la atribución, por lo menos parcial, del contenido material debido (114). También podría estimarse suficiente la concurrencia de la mera mención testamentaria y de una o varias donaciones *inter vivos* a favor del mencionado; pudiendo exigirse, además, que en el testamento se hiciera referencia a la liberalidad *inter vivos*, o bien no estimarse necesaria esta referencia (115).

fine dice: "Aunque se nombrase al heredero forzoso, si nada se le dejase en el testamento por cualquier título de heredero o legatario habría preterición." ROYO MARTÍNEZ (op. cit., pág. 243) afirma que se produce no sólo en los supuestos de simple omisión, sino también en los "de mención exclusivamente con fines distintos de asignarles alguna participación en los bienes, tal es el caso de que el testador mencione a todos sus hijos al reseñar sus circunstancias personales, pero omita luego toda mención de uno de ellos al asignar sus bienes." PUIG PEÑA (cap. cit., I, B. 2, p. 376) destaca que la omisión se refiere a la "disposiciones sustancialmente *atributivas*", de modo que, "aun cuando el causante mencione al legitimario en el testamento y se acuerde de él incluso para conferirle misiones de la mejor confianza, habrá preterición si luego no le instituye heredero, o no le asigna legado, manda o no ordena, en definitiva, ninguna disposición por cuya virtud cubra, aunque sólo sea en parte, su porción legitimaria". Según GARCÍA-BERNARDO LANDETA (op. cit., pp. 104 y ss.), para que no haya lugar a la preterición de un legitimario conforme al art. 114, § 1.º, C. c., "no basta su mención, es necesario que el testador le haya dejado algo "por cualquier título", en otro caso no hay posibilidad conceptual del suplemento; si nada le ha dejado, pero ha dispuesto, no hay preterición ni suplemento, sino desheredación, justa (artículo 813-1 y concordantes) o injusta (851)"... "Mencionar a un hijo para elogiar sus virtudes sin atribuirle nada, sin designarle heredero o legatario o referirse a una donación, es algo que contraría violentamente la naturaleza del testamento y no evita la preterición." "En nuestro Código civil la preterición es natural, se evita disponiendo a favor del legitimario o recordando una disposición ya hecha para cubrir la legítima total o parcialmente, y en este caso, pedir el suplemento. La preterición formal es extraña a nuestro primer cuerpo legal. En él no hay obligación de instituir a los legítimos (herederos forzados cuando existía esa obligación.)"

(114) Este criterio, que exige que haya atribución de contenido material y que no estima suficiente su atribución *inter vivos* para excluir la preterición, sino que requiere a dicho fin una atribución testamentaria con contenido material, lo vemos sostenido —a tono con su distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima— por GUILLERMO G. VALDECASAS (loc. cit., II, 2, pp. 965 y s.)... "la preterición supone que el testador haya dispuesto de la totalidad de la herencia por vía de institución del heredero, sin instituir al legitimario —con lo que tácitamente le priva de su cuota reservada— ni hacerle ninguna liberalidad testamentaria".... "La preterición no queda excluida, en cambio, por las liberalidades *inter vivos* que el testador hubiere hecho al legitimario preterido."

(115) Por el primer criterio se inclinó, al parecer, SÁNCHEZ ROMÁN (loc. cit., n. 34, 4.º, nota 1, pp. 1137 y ss.), quien refiriéndose a la expresión *por cualquier título* del art. 815, comenta: "no es fuera del testamento donde debe buscarse este título, sino dentro de él, ya sea en concepto de heredero, donatario o legatario, porque cualquier otro extraño al testamento no puede servir, por todo lo expuesto, para desvirtuar o subsanar la preterición que en aquél se haya hecho de un heredero forzoso" (p. 1139). También PÉREZ ARDÁ (*Preterición testamentaria parcial*, en R. G. L. y J. 122 —primer semestre 1913— pp. 253 y s.) y OTERO VALENTÍN (*Anticipo de legítima*, Valladolid, 1914, p. 82). Y este criterio es, sin duda, el de GARCÍA-BERNARDO (loc. cit., pp. 104 y s.), según quien "la única fórmula que arbitra el artículo 815 para evitar la pre-

También cabría distinguir la mención hecha sólo en la parte expositiva y la hecha en la parte dispositiva del testamento, para analizar si, en el primer caso, la no mención en la parte dispositiva pudiera haber sido debida a olvido involuntario (116).

Un punto resulta evidente: estimada como desheredación la exclusión de un legitimario testamentariamente efectuada sin expresar su causa (art. 851 C. c.) y excluida la necesidad de utilizar para desheredar palabras sacramentales (117), tendremos que convenir en que toda afirmación o manifestación hecha por el testador, aun sin indicar los motivos, de que no deja nada a tal legitimario no es preterición, sino desheredación. El *quid* discutido se patentiza en el caso de mencionarse a un legitimario sin decir nada acerca de que se le deja algo ni de que no se le deja nada o de que ya se le había dado, y de distribuirse todo el haber entre otras personas sin quedar duda alguna acerca de la intención del testador de excluir de toda atribución a ese legitimario únicamente mencionado.

11. *¿Qué ha dicho al respecto la jurisprudencia?*

a) *Supuestos de hecho resueltos.*

En la mayoría de los supuestos que han dado lugar a recursos de casación contemplados por el Tribunal Supremo, los preteridos no habían sido ni siquiera mencionados en el testamento ni tampoco nada habían recibido del causante por título alguno ni aun *inter vivos* (118). Pero, en cambio, pueden resultar de interés para nuestro objetivo cinco de los supuestos por él contemplados: uno en el cual no se mencionó en el testamento a una hija natural que, en vida del causante, había recibido de éste una donación en anticipo de legítima (119); otro en el

terición y desheredación es la disposición o imputación de la donación por el testador a favor del legitimario".

(116) Así lo hicimos nosotros en nuestros "Apuntes...", texto referido *supra*, nota 104 *in fine*.

(117) Los autores castellanos ya habían llegado a esta conclusión. Cfr. *supra*, nota 80.

(118) SS. 11 enero 1900, 20 junio 1902, 15 octubre 1957, (preterición de hijos legítimos), S. 14 julio 1899 (preterición de la madre), SS. 28 enero 1910, 15 enero 1918 (preterición del padre), SS. 2 julio 1904, 11 mayo 1909, 11 marzo 1950, 22 mayo 1950 (preterición de hijos naturales).

(119) El causante había otorgado, en 1898, escritura pública de anticipo de legítima a favor de una hija natural. En 1901 otorgó testamento, en el que declaró que carecía de descendientes y de ascendientes e instituyó única y universal heredera a su mujer. Tanto el Juzgado como la Audiencia declararon la nulidad de la institución de herederos, por preterición de la hija natural, y el Tribunal Supremo, en S. 17 junio 1908, rechazó el concurso interpuesto. En su tercer considerando valoró la declaración del testador, hecha en su testamento, de carecer de descendientes, y el segundo consideró que "es obligado reconocer que la mención, el recuerdo o preterición donde tiene que resultar es en el expresado testamento, por ser éste expresión la más solemne y única de

cual se mencionaron sin expresión de su carácter de hijas naturales, pero precisamente para ordenar a los instituidos que se opusieran al pleito por el que ellas pedían su reconocimiento, condicionando el llamamiento de los herederos al cumplimiento de esta disposición (120); y tres en los cuales el testador, negando tener herederos forzosos, dispuso sendos legados a favor de sus respectivos hijos naturales, designándolos por su nombre, pero sin expresar tal parentesco, y en los cuales el Tribunal Supremo, en SS. de 16 enero 1895 (121), 25 mayo 1917 (122) y 23 abril 1932 (123), no los estimó como su-

la última voluntad de quien así dispuso, para después de su muerte, de sus bienes, para garantía y eficacia de lo que ha querido seguramente el legislador. no dejarla enzuelta en las sombras y oscuridad de la duda, como quedaría con la preterición del heredero forzoso, que puede ser debida a ignorancia de que existiera, u olvido o propósito de burlar los derechos que la ley les reconoce, supuestos todos que desvirtúan la fuerza y eficacia moral de aquella voluntad, que justifican la anulación de su expresión, por lo cual no es legal ni racional relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno de los realizados con el carácter de entre vivos".

(120) En su testamento, el causante declaró no tener herederos forzosos, ordenó varias disposiciones y nombró herederos universales a sus sobrinos, imponiéndoles la condición de que siguieran el pleito que mantenía con Dolores y Concepción M., hasta su conclusión, sin componendas ni transacción alguna, bajo pena de quedar desheredados. Dichas Dolores y Concepción, el año anterior al de la muerte del testador, vieron confirmada ante el Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia que las declaraba hijas naturales del causante. Y, poco después de fallecer éste, demandaron la nulidad de la referida institución de herederos; nulidad que declaró el Juzgado de Nules, pero que la Audiencia de Valencia limitó tan sólo a la tercera parte de la herencia, correspondiente a la legítima a que ambas tenían derecho. Interpuesto por la parte demandante recurso, el Tribunal Supremo, en S. 27 febrero 1909, casó la sentencia de la Audiencia y declaró la nulidad total de la institución, definiendo en su tercer considerando que "de los casos de preterición, es decir, de la privación total de la legítima por omisión del testador respecto al heredero forzoso en línea recta se ocupa exclusivamente el referido artículo 814".

(121) El causante testó el año 1885, y en dicho testamento legó una cantidad a doña B. G. P., y la casa de la calle S. J., más una renta de tres mil reales a la niña I., hija de aquélla, y designó herederos a los hermanos del propio testador. En 1889 reconoció como hija natural suya a la citada niña, y en 1891 falleció, consiguiéndose auto declarando heredera abintestato a dicha hija. Se demandó la nulidad de la institución y la declaración de la hija natural como única y universal heredera. El Juzgado absolvió de la demanda, y la Audiencia, revocando tal fallo, dio lugar a ella. El Tribunal Supremo, en S. 16 enero 1895, casó, declarando en su cuarto considerando que lo procedente era reconocer a la hija natural su cuota legitimaria e imputarle, en parte de pago, el legado, conforme al art. 815, libre de todo gravamen, condición y sustitución, conforme el artículo 813, y que era válida la institución en cuanto a los otros dos tercios del caudal.

(122) En su testamento, el causante declaró carecer de herederos forzosos, legó una cantidad a E. A., e instituyó herederas a sus tres hermanas. Dicha E. A., después de fallecido el testador, demandó ser reconocida hija natural del mismo, la nulidad de la institución de herederos por él dispuesta y su nombramiento como única y universal heredera abintestato. La Audiencia de Albacete, en sentencia revocatoria de la del Juzgado, sólo dio lugar el suplemento de la legítima. En el recurso de casación se hizo fuerza en el hecho de que, aun cuando el testador ordenaba un legado a favor de la

puestos de preterición, sino de aplicación de los artículos 815 y 813 ó 817.

Del examen de estas sentencias podemos inferir que el Tribunal Supremo: 1.º) ha considerado que hay preterición *si no es mencionado en el testamento un descendiente, aunque se le hubiesen otorgado*

actora, no la reconocía como heredera forzosa, sino que negaba que lo fuese, al decir que carecía de herederos forzados. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, en la citada S. de 25 mayo 1917. En su segundo considerando contrapuesto: "los artículos 815 y 817 precisan y regulan el caso en que el testador haya hecho mención de la persona que reúna la condición de heredero forzoso y deje para ella, por cualquier título que lo hiciese, menos de lo que le corresponda en concepto de legítima, autorizando sólo al heredero que reclame el complemento de su porción hereditaria, a diferencia del caso previsto en el artículo 814, en el cual para anular la institución de heredero requiere la preterición, o sea que el testador nada deje, por ningún título al heredero forzoso...".

La propia S. de 25 mayo 1917, en su 3.º considerando, declaró que no se opone a este criterio la doctrina de las Sentencias que invoca el recurrente, "porque la de 17 de junio de 1908 se refiere a testamento en el que no se mencionó al hijo natural; en la de 27 de febrero de 1909, la disposición testamentaria no sólo pretirió a las hijas, sino que prohibía, con penas, que los herederos instituidos cediesen en el pleito pendiente sobre reconocimiento filial, y definió la preterición, en su fundamento 3.º, como la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto del heredero forzoso...; la de 11 de mayo [de 1909] hace relación a litigios que tuvo por objeto la nulidad de la declaración de herederos, en cuanto al tercio de los bienes relictos, y resuelve sobre lo que puede perjudicar dicha legitimidad; la de 19 de noviembre de 1910 nada establece en relación a los artículos 814, 815 y 817 del Código civil [se refería al Derecho anterior al Código], y, por último, la de 28 de enero de 1914 vino a resolver otro conflicto de preterición absoluta del único heredero forzoso, al explicar el alcance y efectos jurídicos de la protocolización en los testamentos ológrafo".

(123) La testadora declaró no tener herederos forzados, legó la casa de la otorgante con su patio a Elvira P. en usufructo vitalicio, ordenando que pase a su fallecimiento la propiedad a la sucesión que ésta dejare y, de no dejarla, a la hermana de la testadora, a quien le legó también una finca; legó a un hermano un monte, e instituyó herederos a ambos hermanos. Elvira P. demandó que se la reconociera como hija natural de la testadora, que se declarase la nulidad de la institución y a ella como única y universal heredera de su madre natural. El Juzgado se limitó a condenar a los demandados a que reconocieran a la demandante como hija natural de la testadora y como heredera forzosa de la misma. La Audiencia de La Coruña adicionó a los pronunciamientos la declaración de la nulidad parcial de la institución en cuanto perjudicara a la legítima de la hija natural, a quien, previa capitalización de lo dejado, debía quedar libre la tercera parte del caudal relicito. Interpuesto el recurso de casación, se hizo constar, para defender la infracción del artículo 814, que, aun cuando el nombre de la heredera figuraba en el testamento y en él se le otorgaba un legado en usufructo, era ocultada su condición de hija natural. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso en la S. de 23 de abril de 1932, que en su 1.º considerando declaró que "el concepto legal de la preterición del heredero forzoso ha sido reiteradamente fijado por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, de un modo singular y concreto en sus sentencias de 16 de enero de 1895, 21 de febrero de 1900 y 27 de febrero de 1909, según las cuales no es sino la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto a dicho heredero forzoso en línea recta, lo que constituye la materia propia del artículo 814 del Código civil...".

gado donaciones *inter vivos* con carácter de anticipo de legítima; 2.) ha estimado que la hay cuando la mención del nombre sólo aparece con ocasión de negar su condición, para ordenar a los herederos que se opongan al pleito en que las interfectas demandaban ser reconocidas hijas naturales; y 3.) ha apreciado que no la hay cuando, aun silenciando su condición de hijos naturales y negando tener herederos forzados, el testador los menciona asignándoles algún legado.

Pero fuera de estos tres supuestos acotados, quedan aún por resolver los supuestos de mención con reconocimiento de su condición familiar (de hijo legítimo o natural, descendiente o ascendientes legítimos, padre o madre naturales), pero sin ordenar disposición alguna a su favor, ni tampoco excluyéndole, sin que quiera duda de que esta última ha sido su intención, por no existir posibilidad de estimarla causada por omisión errónea.

β) Definiciones consideradas.

A las definiciones contenidas en los *considerandos* no podemos atribuirles el mismo valor que a la solución de los supuestos resueltos: en las sentencias (124). Sin embargo, trataremos de encontrar en los considerandos referidos el concepto de preterición. La S. 17 junio 1908: contrapone “*mención, recuerdo o preterición*”, pero para estimarla: en un supuesto en que tal mención faltaba y el legitimario omitido había recibido una donación *inter vivos* como anticipo. La S. 27 febrero 1909 hace equivalente la preterición a “*la privación total de la legítima por omisión del testador*”, en supuesto en que se había negado su condición de hijas naturales y nada se les había otorgado. La S. 25 de mayo 1917 la identifica por “*que el testador nada deje, por ningún título al heredero forzoso*”. Y la S. 23 abril 1932 la define, y afirma que tal concepto ha sido reiterado por la jurisprudencia (125), diciendo que

(124) Algunos *obiter dictum* de otras sentencias resultan incongruentes. Así, la S. de 30 de junio de 1950, referente a un supuesto de legítima del cónyuge viudo, dice, en un considerando, que el artículo 814 del Código civil “*no exige tal institución [del cónyuge viudo] para la validez del testamento y efectividad de tales derechos, en contra de lo prevenido respecto a los demás herederos forzados en el mismo precepto legal*”. Concepto que correspondería, en cuanto a la exigencia de la institución, al Derecho anterior al Código civil, pero no al régimen de éste.

(125) La S. 23 de abril de 1932 declara que el concepto de preterición en ella expresado había sido fijado por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, de un modo singular y concreto, en sus Sentencias de 16 de enero de 1895, 21 de febrero de 1900 y 27 de febrero de 1909. Afirmación a la que debemos objetar: Que la S. de 16 de enero de 1895 no define la preterición, sino que únicamente distingue del supuesto del artículo 814 los de los artículos 815 y 817, sin que hallemos en tal distinción una contraposición, como anverso y reverso de éstos y aquél, pues no olvidemos que, aun no mencionado en dicha Sentencia, el supuesto del artículo 851 se interfiere entre ellos. La S. 21 de febrero de 1900 no se ocupó de ningún supuesto de preterición, sino de la posibilidad interpretativa de acumular a favor del cónyuge viudo su cuota

“no es sino la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto a dicho heredero forzoso en línea recta”, en supuestos en que se trataba de considerar no preteridas a hijas naturales a quienes se había conferido sendos legados en el testamento, sin decirse en él que fuesen hijas naturales y negando expresamente el testador tener herederos forzosos.

Aún tenemos un *obiter dictum* de la S. de 23 enero 1959 que, en un supuesto de desheredación injusta, ocupándose de la determinación de sus efectos, la comparó, en su 2.º considerando, con la preterición, para afirmar que una “esencial diferencia” entre ambas consiste en que en la preterición “no hay una voluntad declarada del testador”, mientras que en la desheredación “esta voluntad está declarada”. Pero cabe aún preguntar si esta declaración ha de ser directa y expresa o puede resultar indirectamente de la mención expresa y de la tácita exclusión de uno de los mencionados al disponer el testador de todo el caudal sin atribuirle porción alguna.

De esas definiciones podemos observar que: son sin duda distintas las de las SS. 17 junio 1908 —*no mención, no recuerdo*— y 25 mayo 1917 —*nada dejar por ningún título*—, y que poco aclaran las de 27 febrero 1909 y 25 mayo 1917, pues su sentido puede ser diverso según se estime que se refieren a un supuesto de privación tácita de la legítima consistente en la omisión del testador respecto a un heredero forzoso, o se estime que quisieron significar que precisamente en la privación tácita de la legítima es en lo que consiste estrictamente tal omisión.

c) *Fines enunciados.*

Le repetida S. de 17 junio 1908 señaló como *ratio legis* del precepto del artículo 814: la de no dejar “en sombras y oscuridades de la duda” la voluntad del testador en caso de preterición “que puede ser debida a ignorancia de que existieran u olvido o propósito de burlar los derechos que la ley les reconoce” a los herederos forzosos, “supuestos todos que desvirtúan la fuerza y eficacia moral de aquella voluntad que justifican la anulación de su expresión”.

Es decir, que los supuestos prevenidos son aquellos en los que puede haber duda de que hubiese: 1.º) *ignorancia* del testador respecto la existencia del preterido; 2.º) *olvido* sufrido al testar, y 3.º) *propósito de burlar los derechos* del preterido omitiéndolo para procurar que pase desapercibido en la sucesión.

García Goyena (126) había explicado que en el caso de preterición “puede presumirse ignorancia o falta de memoria del testador”.

legal y el legado que le confirió su cónyuge premuerto; no definió la preterición y se limitó a decir que el artículo 815 es complementario de los 813 y 814.

(126) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 645, p. 96.

Entre los autores vemos que algunos centran la finalidad de la regulación de la preterición en remediar la falta de intencionalidad en la omisión cometida por el testador —así Manresa (127), Cámara Alvarez (128), Bonet Ramón (129)—, mientras que otros —como Sánchez Román (130), García-Bernardo (131)— niegan la exclusividad de esa razón como fin del remedio de tal institución (132).

Pero la antítesis entre estos dos criterios, definidores de la *ratio* de la preterición, aparece suavizada, si observamos que, de una parte, para algunos su fundamento en el error se indica como correspondiente a los *casos normales* (Manresa, Bonet) que, por ende, puede presumirse (García Goyena); y que, de otra, alguno considera el fundamento *volitivo* sólo como complementario del erróneo y se lo re-

(127) MANRESA (op. y vol. cits., art. 814, *Coment.* 2.^o, p. 351), escribió: “el testador, en los casos normales, obra así [pretrayendo] por descuido o por error. Hemos visto un testamento en el que no se incluía heredera a una hija monja, por creer la testadora que no podía heredar. En otros casos se ignora la existencia de un descendiente o ascendiente. Cuando el preterido es una persona que ha nacido después de muerto el testador, la opinión es aún más clara...”.

(128) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (loc. últ. cit., p. 6): “El Código no define la preterición ni la desheredación, y, después de todo, la preterición realizada a conciencia de que se omite a un heredero forzoso viene a ser equivalente a una desheredación tácita”.

(129) FRANCISCO BONET RAMÓN (*Compendio...*, vol. cit., n. 132, p. 704). destaca la diversa voluntad del testador “que, al desheredar, revela que existe algún motivo que le impulsa a obrar así, mientras el móvil de la preterición, en los casos normales, es el descuido o el error, no habiendo sido privado el heredero expresamente de nada”.

(130) SÁNCHEZ ROMÁN (op. y vol. cits., cap. XVI, n.^o 34, 4.^a, nota 1 de la p. 1137, en la p. 1138), glosando la Memoria del Tribunal Supremo de 1908, distinguió: “la preterición que se debía a ignorancia del testador, cuando por cualquier evento no ha tenido conocimiento del nacimiento de un hijo o ha estado en la persuasión de su fallecimiento, o a olvido, acaso por debilidad de sus facultades intelectuales, justifica completamente el supuesto de dicha desconfianza en la firmeza de su voluntad, y la dificultad de saber lo que ésta hubiese sido sin tal accidente, y aquella otra que fuese consciente y deliberada, como implica a su vez una violación de derechos, tanto más marcada cuanto mayor es la libertad relativa que tenga el testador para disponer de sus bienes, bien merece la sanción de la nulidad preceptuada...”.

(131) GARCÍA-BERNARDO LANDETA (op. cit., p. 107) cree que la preterición es una sanción a la incuria del testador que infringe las leyes que disciplinan la libertad del testador, consciente o inconscientemente, pero sin manifestarlo e, indirectamente, el deber que la Ley le impone hacia sus más íntimos parientes...”.

(132) Rozamos aquí el tema de la distinción entre *preterición errónea* y *preterición intencional*, y con el referido intento de Manuel de la Cámara de llevar ésta a la desheredación tácita. Pero de la primera cuestión nos ocuparemos más adelante al tratar de los efectos de la preterición. La segunda trataremos de delimitarla dentro de unos términos, a nuestro juicio positivamente viables, ante la evidencia de supuestos intencionales, de verdadera preterición, indiscernibles externamente en la práctica de otros supuestos verdaderamente erróneos, si no es por una presuposición legalmente establecida que señale unos artificiales linderos objetivos en algo que, como una intención, por esencia, sólo podría tenerlos subjetivos, pero inexscrutables.

conduce al propósito de *burlar* los derechos que la ley reconoce (S. 17 junio 1908, Sánchez Román). ¿Cómo se puede saber si un supuesto obedece intencionadamente a olvido o ignorancia o bien a la finalidad de burlar los derechos legitimarios? ¿Cuándo es ello posible fundándose en el *tenor del mismo testamento*?

12. *Determinación del concepto vigente en el sistema del Código civil.*

Conforme a la norma clásica de la interpretación de los testamentos que recoge el artículo 675, § 1.º, del Código civil (133): “*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento*”. La voluntad del testador, por tanto, puede resultar literalmente del texto del testamento, o “*de la intención del testador según el tenor del mismo testamento*”, esto es, del *contexto* del mismo. Siendo así, cabe preguntar si además de la privación total de la legítima hecha sin determinación de causa, que se disponga en el texto literal del testamento y que equivaldrá a una desheredación injusta, conforme al artículo 851, ¿será también desheredación injusta la que resulte no del texto, sino del contexto del testamento? Creemos que sí, pues no hallamos razón para alterar en este supuesto las normas generales de interpretación de los testamentos. Y, de ese modo, el supuesto de la preterición queda reducido al de omisión del legitimario en línea recta cuando no resulte, ni del texto ni del contexto del testamento, que el testador hubiera querido excluirle.

Así, como conclusión podemos llegar a distinguir los siguientes supuestos:

- a) Falta absoluta de mención de un legitimario sin haberle dejado nada por acto inter vivos al omitido: Es el supuesto más claro y absoluto de preterición.
- b) Falta absoluta de mención habiéndole dejado algo por acto inter vivos: Hay vicio de preterición en el testamento, según la S. 17 junio 1908.
- c) Mención del legitimario al que se le reconoce su condición familiar y se le deja algo. No cabe sombra de duda de que no hay preterición.
- d) Mención, sin reconocimiento de su condición familiar, pero dejándole además algo al mencionado. Notemos que la falta de reconocimiento de su condición puede ir unida a la negativa genérica del testador de tener herederos forzados, en general o de tal clase con-

(133) Cfr. acerca de la interpretación del artículo 675, § 2.º, nuestros dictámenes publicados en A. D. C. XII-IV, octubre-diciembre 1959, pp. 1308 y ss. y A. D. C. XVIII-I, enero-marzo, 1965, pp. 232 y ss.

creta, o a la específica de que el mencionado no es legitimario o carece de tal relación familiar con el testador. Según las SS. 16 enero 1895 y 25 mayo 1917 y 23 abril 1932, no hay preterición. Pero creemos razonable estimar que si resultare que esa negativa se debe a error del testador deba considerarse que hay preterición del que fue mencionado en concepto distinto del que familiarmente tiene en realidad (134).

e) Mención sin dejar nada al mencionado y silenciando o negando, genérica o específicamente su condición familiar. La S. 21 febrero 1909 lo estimó supuesto de preterición. Hipótesis en la que lógicamente cabe, si se estima incluido en la preterición el propósito de burlar los derechos del preterido, negando su estado familiar, y se considera que los efectos más duros de la preterición son la sanción de esa postura fraudulenta. Pero cabe pensar que el motivo tal vez no sea éste, sino que obedezca a la creencia de que el estado familiar no existe, ya sea errónea esta creencia o bien verdadera, pero sin posibilidad de prueba (135). Tal vez sea este supuesto de los más discutiblemente encajables en los de preterición y no en los de desheredación hecha en forma no legal. Nosotros lo incluiríamos entre los de ésta.

f) Mención con reconocimiento de su condición familiar, y aunque sin dejar nada al mencionado, con expresión de lo que se le dejó por acto inter vivos. No hay preterición, según resulta de los anteriores presupuestos, no sólo si la declaración es verdadera, sino incluso siendo falsa, a menos que fuera debida a error, pues tal declaración falsa significa una clara voluntad de exclusión. Igual solución creemos que debe aplicarse si no se hace referencia a la donación, pero el legitimario es mencionado con su condición familiar y si racionalmente no queda la menor duda de la intencionalidad de su falta de institución y asignación testamentaria (136).

g) Mención con reconocimiento de su condición familiar, pero sin que nada se le deje a pesar de disponerse íntegramente del haber relicto. Es el supuesto al que creemos más directamente aplicable nuestra distinción, según resulte o no del contexto del testamento de modo claro la intención del testador de excluirle. Estimamos que en caso

(134) Pongamos como ejemplo la disposición testamentaria que dijere: "Leigo a tal muchacho, al que protejo" o "que me cuida en mi vejez", si el testador ignorara que se trata precisamente del hijo que perdió aún niño. Caso novelesco o teatral, pero no imposible.

(135) Pensemos en el caso del marido que sabe la verdad de que tal hijo de su mujer, nacido en el término señalado en el artículo 108 § 1 C. c., no es suyo, pero que no puede llenar la prueba exigida en el § 2.º del mismo artículo, para desvirtuar la presunción de legitimidad dimanante del tiempo en que tuvo lugar su nacimiento.

(136) A esta solución llegamos en nuestros citados *Apuntes...*, III, § 1.º, ed. sep., pp. 314 *in fine* y s., y A. D. C. VII-III, julio-septiembre 1954, pp. 664 y ss. En cambio, GARCÍA-BERNARDO (op. cit., p. 105) exige, para que no haya preterición, que se recuerde una disposición ya hecha.

afirmativo hay desheredación en forma no legal, y en caso negativo, preterición (137).

La distinción propugnada recientemente (138) 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 legitimario en línea recta, según hemos visto, carecería de sentido su mantenimiento si se hubiera confundido con la inoficiosidad total.

13. *Supuestos de inclusión discutida en el concepto de preterición.*

Aclarado, a nuestro parecer, el concepto de preterición, queda por dilucidar *si ciertos supuestos concretos deben estimarse comprendidos o no en el mismo.*

a) *Institución o legado de cosa ajena.*

Hemos visto antes que Diego Castillo (139) recogió la doctrina de que el hijo instituido heredero en cosa ajena no podía entenderse

(137) Así, supongamos que en la exposición de circunstancias en un testamento se nombra a todos los hijos, y en la disposición se omite uno. En el contexto del testamento pueden hallarse datos que indiquen la intención de excluir: v. gr., enumerar que se tienen seis hijos en la exposición e instituir por quintas partes iguales a cinco o sólo a uno universal heredero. En cambio, no resulta claramente del contenido la voluntad de excluir y puede dudarse si se trata de una omisión inadvertida 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 trascienda claramente la intención del testador de excluir al omitido en la disposición. En este caso, creemos que debe entenderse que hay preterición. Y en aquél no, porque no ofrece duda alguna la intención del testador de excluir al mencionado en la exposición y omitido en la disposición.

(138) Cfr. GARCÍA-BERNARDO Y LANDETA, op. cit., pp. 102 a 106. No la establece ANGEL SANZ FERNÁNDEZ (op. y nota cits.), a quien el antes citado atribuye esa distinción, 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.

(139) Cfr. *supra*, n.º 9, nota 85.

preterido. Solución que en el régimen actual podemos trasladar al supuesto de legado de cosa ajena, lo que resulta de acuerdo con el concepto de preterición que creemos vigente en el Código civil. No es aquí lugar para que nos ocupemos de las secuencias dimanantes de este supuesto que, anticipamos, no parece que sea de preterición (140) ni de desheredación injusta (141).

b) *Legado de metálico no existente en la herencia.*

Tampoco clásicamente se estimó que en los casos de institución de un heredero forzoso en una cantidad de dinero incurriese el testador en vicio de preterición, según el viejo criterio de Guilielmus, seguido por Bartolo, Baldo, Paulo de Castro, Jasón, etc. (142), y que entre los autores castellanos expusieron Rodrigo Suárez (143) y Pedro de Peralta (144), expresando aquél que la solución era: "quod si pater institueret filium in mille pro legitima sua, quod filius posset dicere, nolo pecuniam, sed corpora hereditaria, unde erit electio". Solución que creemos trasladable al régimen del Código civil para los supuestos en que el cobro en metálico no sea forzoso para el legitimario, y que tampoco pueden estimarse de desheredación ni menos aún de preterición (145).

c) *Atribución de la legítima bajo condición o término, o a título de sustitución vulgar o fideicomisaria.*

Según la opinión dominante, en Derecho común no se entendía preterido el legitimario instituido heredero bajo condición, a término, ni el designado sustituto vulgar o fideicomisario del heredero instituido.

El instituido bajo condición o a término —aunque aquélla no se cumpliera y éste no llegare— no pudo considerarse preterido, puesto que automáticamente quedaba liberado de dichas modalidades con respecto a su legítima (146), en virtud de lo ordenado en la ley *Quoniam*

(140) En contra GARCÍA-BERNARDO, op. cit., pp. 113 y ss.

(141) Cfr. nuestros *Apuntes...*, II, §, 5.º, ed. sep., pp. 281 y ss., y A. D. C. V-III, julio-septiembre, 1952, pp. 889 y ss., y *Cautelas de opción compensatoria de...*, I, A, c, loc. cit., pp. 445 y ss.

(142) Cfr. nuestro estudio citado *Cautelas de...*, I, A, b, p. 444.

(143) RODRIGO SUÁREZ, op. cit., Ampl. XI, nn. 1 a 4, pp. 441 y ss.

(144) PETRUS DE PERALTA, *Prælectiones*, L. 3, *qui fideicommissum, ff. de hereditibus instituendis*, n. 60, en *Relectio Praecellentis, Opera Iuridica*, vol II (ed. Salmanticae, 1563, fol. 193, col. 2).

(145) En contra GARCÍA-BERNARDO, op. cit., pp. 114 y ss.

(146) Según el *Ius vetus* —derogado por la referida *lex Quoniam* y contenido en Dig. XXVIII-I, 4; XXVIII-II, 28 pr.; XXVIII-VII, 28; XXXV-I, 83 [81]; XXXVIII-II, 20, § 4 y Cód. VI-XXV, 4— podía instituirse bajo condición *potestativa* al hijo en potestad, es decir, al *suis eres*. y, en cambio, era nulo el testamento en el cual se le instituyera bajo condición *causal* o *mixta* si no se le desheredaba para el caso de quedar ésta incumplida. Antes de

in prioribus (Cod. III-XXVIII, 32), que las estimó por no puestas en cuanto afectara a la legítima (147). Si bien esta solución fue contradicha, con respecto las condiciones causales y mixtas (148), en la ley 11, tit. IV, Partida sexta —en la interpretación de la cual discreparon los autores (149)—. La opinión general, después de la ley 27 de Toro (150), estimó que en caso de englobarse *ex asse* con mayor cuota o con la totalidad de la herencia, la legítima y la mejora diferidas bajo condición causal o mixta, ésta se debía entender por no puesta con respecto a todo el as, mientras que si el legitimario fue instituido heredero en su legítima y se le hubiese prelegado el montante, imputable a tercio y quinto, todo bajo condición causal o mixta, ésta sólo se entendía por no puesta con respecto a la legítima (151), sin estimar en modo alguno que en ese caso se produjese preterición (152).

Al hijo sólo nombrado como sustituto vulgar del instituido —es decir, en la terminología romana omitido en el primer grado de llamamiento, pero no en el segundo— no se le consideraba preterido técnicamente hablando, sino que heredaba directamente; invalidándose el primer grado de llamamientos, según opinión (153) que entre los ju-

Bartolo, los autores habían entendido que la ley *Quoniam* no había salvado la nulidad —por preterición— de la institución efectuada bajo condición causal o mixta (cfr. nuestro trabajo *Cautelas de opción...*, I, B, a, vol. cit., pp. 458 y siguientes).

(147) La ley *Quoniam in prioribus*, dada por Justiniano en las calendas: de abril del año 529, ordenó que: “*inninuta esse videantur, ipse condicio vel dilatio vel alia dispositio, moram, vel quocunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset*”.

(148) En su disposición final dice la ley 11, tit. IV, Partida Sexta: “... mas ninguna de las otras condiciones [las que no son “en poder del hijo de la cumplir”] assi como las que acaescieren por auentura, o las que son mescladas: según diximos en las leyes ante desta, non las puede poner. E si las pone, non empescen al hijo heredero, maguer non se cumplan”.

(149) Cfr. el resumen que expusimos en *Cautelas de opción...*, loc. últ. cit., pp. 461 y ss.

(150) La ley 27 de Toro autorizó al padre o a la madre que mejoraren a alguno de sus hijos o descendientes legítimos en el tercio, a “que le puedan poner el gravamen que quisieren”, “con tanto que lo fagan con sus descendientes legítimos...”.

(151) Cfr. *Cautelas...*, loc. cit., pp. 464 y ss., notas 138 a 147.

(152) El doctor LUIS DE MOLINA MORALES (*De Primogeniorum Hispanorum Origine ac Natura*, lib. II, cap. I, n. 35 —cfr.—, ed. Nova, Lugduni 1769, pp. 232 y ss.), y JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR (*De Conjecturis et Interpretatione Ultimarum Voluntatum*, cap. LXIV, n. 42, en *Quotidianum Controversiarum Iuris*, lib. V, cfr. ed. Nova, Colloniae Allobrogum, 1752, pp. 44 y ss.), observaron que —mientras el *ius vetus* anulaba en ese caso la institución por preterición y el *ius novum* sólo tenía por no puesta la condición en cuanto a la legítima— la citada ley de Partidas la tuvo por no puesta respecto de toda la institución, pues: “*Non enim potest institutio scindi*”.

(153) Opinión fundada principalmente en las leyes *Si filius substitutus*, ff. *De heredibus instit.* (Dig. XXVIII-V, 75 [73]); *Ex facto, § Lucius Titus*, ff. *De vulgar et pupill. substit.* (Dig. XXVIII-VI, 43 [41], § 2.º), y 3, § final, ff. *De liber. et post. hered. instit. vel exhered.* (Dig. XXVIII-II, 3, § 6.º).

ristas castellanos siguieron Rodrigo Suárez (154) y Antonio Vázquez de Menchaca (155).

Respecto al caso del hijo nombrado sustituto fideicomisario, la aplicación del § *Cum autem* de la ley *Scimus*, Cod. de *inoff. testament.* (156), significó que el hijo nombrado sustituto fideicomisario no pudiera invocar los efectos de la preterición, sino que a éste le cupiera exigir de modo inmediato el montante de la legítima, sin perjuicio de recibir en su día por vía de restitución el resto del haber que le hubiese sido fideicomitido (157).

El artículo 813, § 2.º, del Código civil tiene como precedente el artículo 643 del Proyecto de 1851. Y García Goyena (158) señaló como antecedente de éste la citada ley 32, Cod. III-XXVIII. Ello aconseja la interpretación de que la dilación o condición o sustitución puesta o antepuesta a la legítima se deben entender por no puestas, con lo cual no hay que entender como preterido —ni hace falta entenderlo así para su protección— al hijo que hubiera sido designado sustituto vulgar (159) o sustituto fideicomisario o instituido a plazo inicial o bajo condición, aunque ésta no se cumpla, en cuanto se consideran como no puestas respecto la legítima las condiciones y las dilaciones (plazos, condiciones de futuro o sustituciones diferidas).

d) *Atribución a título de herencia o legado revocada en el último testamento o de facto por enajenación de la cosa asignada.*

Notemos que si el vicio de preterición es fundamentalmente de carácter formal, el supuesto del que ahora vamos a tratar no debe plantearse precisamente con relación al objeto de la institución o del legado revocados, sino con referencia al testamento que contiene la disposición o al posterior que contiene su revocación en caso de haberse efectuado ésta en forma expresa.

(154) RODRIGO SUÁREZ, *Repetitio I. Quoniam...*, cit., Limitat XV (vol. cit., p. 476), donde expone la discusión de los autores acerca de si el *ius vetus*, mantenido en el *ius novum* o *iure Codicis*, se conservaba o no en el *iure novissimo* o *iure Authenticarum*.

(155) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. cit., lib. II, XX, n. 252 (ed. y vol. cits., fol. 225) y n. 273 (fol. 226 vto.).

(156) Cod. III-XXVIII, 36, § 1.º, que en sus apartados 2.º y 3.º dispuso que: *“Así, pues, mandamos que la restitución de la cuarta parte se haga, desde luego, sin esperar a la muerte del heredero, ni a intervalo de tiempo, y que lo demás que reste después de la porción legítima se restituya cuando el testador dispuso. De tal manera, pues, tendrá pues el hijo su porción íntegra y tal cual las leyes y nuestra constitución dispusieron, y el heredero gozará, con legítima reducción, de los bienes que el testador le dejó”*.

(157) Contra el criterio expuesto en la glosa de *Accursio*, se manifestó VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. cit., lib. II, § XX, n. 253 (fol. 225) y n. 274 (fol. 226 vto.).

(158) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 643, p. 94.

(159) ROCA SASTRE. Notas al Kipp, § 132, I, 5 (vol. 2, p. 315) estimó que instituido el legitimario heredero sustituto vulgar no cabe hablar de preterición.

Planteada así la cuestión, es evidente que ni en el primer testamento, en el cual fue instituido heredero el legitimario o en el que a favor suyo se ordenó un legado de cosa existente, ni en el segundo testamento, en el que expresamente fue revocada tal disposición, se incurrió en preterición respecto al mismo.

Si, como antes vimos, no hacía falta en el Derecho común —ni creemos que tampoco la haga en el régimen vigente— usar palabras sacramentales para desheredar, es evidente que ha de equivaler a ella la revocación de la institución de un legitimario, verificada sin otorgarle a ésta ninguna otra atribución, bien se haya efectuado con expresión de causa —salvo en el caso de que ésta fuera legal y se probare su certeza, supuesto en el cual sería eficaz— o sin expresión de causa —hipótesis en la cual se incurría en una desheredación injusta, pero en modo alguno en preterición, lo mismo que en los casos del supuesto anterior en los cuales la causa expresada no fuese legal o no se probare su certeza—.

Pero examinemos los supuestos de atribuciones de legados o de instituciones en cosa cierta en pago de la legítima que sean revocadas tácitamente en virtud de la norma del artículo 869 del Código civil (160).

Así tenemos un legitimario al cual sólo le ha legado el testador una cosa que éste más tarde transforma, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía, o enajena, o que perece totalmente (161). Conforme el artículo 869, el legado ha quedado sin

(160) Artículo 869 Código civil: “*El legado quedará sin efecto: 1.º Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía. 2.º Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa. 3.º Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero. Sin embargo, el obligado a pagar el legado responderá por evicción si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie, según lo dispuesto en el artículo 860.*”

(161) MANUEL DE LA CÁMARA (*Estudio sobre el pago con metálico de..., Fundamento...,* III, A, 3, b, en *Centenario...,* vol. cit., pp. 799 y ss.), entendió respecto a este supuesto que: “El testador no ha omitido al legitimario ni ha exteriorizado en el testamento una voluntad dirigida a privarle de la legítima. Antes, al contrario, ha procurado, aunque no lo haya conseguido, respetarla. La nulidad de la institución, remedio a todas luces exorbitante e innecesario, sólo está prescrito para las hipótesis de preterición o desheredación injusta, en los que no encaja”. “Para proteger adecuadamente al legitimario, es sólo necesario, y, por consiguiente, suficiente, reconocer su derecho a reclamar y hacer suya la cuota reservada, en los términos y con la extensión que...” (pp. 805 y 806).

Por el contrario, GARCÍA-BERNARDO (op. cit., pp. 109 y ss.) estima que se trata de un supuesto de preterición. “Esta ineficacia [del legado, por aplicación del art. 869] —dice (pág. 113)— deja sin valor jurídico la designación del legatario, que no le confiere título alguno, que convierte la disposición, al desaparecer el objeto, en una mención personal sin trascendencia jurídica y

efecto. Pero es también cierto 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, pues que en ese caso no puede haber preterición, sino inoficiosidad total, en el supuesto de que tras la ineficacia del legado no restare al legitimario derecho alguno 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 (162)— 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.

14. *Presupuestos de la preterición*

Hemos visto que preterición y testamento son dos instituciones íntimamente ligadas. Tanto es así, que en los codicilos no existía problema de preterición (163). Pero, además, la preterición estaba

que no puede evitar la preterición, porque es una mención que contraría, como dijimos, la naturaleza del testamento, acto dispositivo de bienes".

(162) El artículo 869 no es de derecho necesario. El testador puede prevenir otra cosa para los supuestos por él mismo determinados. V. gr., el pago al legatario del equivalente en metálico, o bien la actuación de la subrogación legal a favor de éste. Pero, además, estas previsiones pueden no estar literalmente expresadas en el testamento, sino resultar de la intención del testador, "según el tenor del mismo testamento" conforme a la norma interpretativa del artículo 675, § 1.^o Y, en este caso, no hay duda que la circunstancia de tratarse de un legado en pago de la legítima es un dato a valorar si la solución, diversa a la dada en el artículo 869, halla algún apoyo en el texto o en el contexto del testamento. Así, el Tribunal Supremo en S. 28 de octubre de 1930 —aún referida a un caso al que era aplicable el Derecho catalán— estimó que no fue infringido el artículo 869 Código civil, por la Sentencia recurrida, que no había estimado como de revocación tácita, sino de subrogación de la cosa un supuesto de sustitución por otro del solar legado a un legitimario, atendiendo a la apreciación de conjunto de las pruebas practicadas y "teniendo en cuenta que el legado se hizo como inherente al propio derecho del legatario por tratarse de su legítima".

(163) Dig. XXIX-VII, 3, § 1, y 19; Cod. VI-XXXVI, 1 (que aclara que esa invulnerabilidad de los codicilos a la preterición se concreta a los otorgados *ab intestato*, mientras que los complementarios de un testamento se invalidaban si éste se anulaba por preterición); y Partida Sexta, tit. XXII, ley 3.^a, ap. 5.^o ("Otrosi desimos, que el codicilo non se desata, magüer nazca después fijo a aquel que lo hizo"): GREGORIO LÓPEZ, al glossar las palabras "magüer nazca después", de esa ley (cfr. ed. y vol. cits., p. 679, gl. 16), observó que "en virtud de la ley 1 del tit. de los testamentos del Ordenam. real, la que dispone valgan los legados, aunque el heredero repudie, o de otra suerte no admita, parece que no podrá decirse que los codicilos dependan del testamento, y de:

contrapuesta a la disposición total de los bienes a título universal, inevitable en todo testamento romano no militar en virtud de los principios de la universalidad de la institución de heredero y de la incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada (164). Por eso, desde el momento en que puede haber testamentos que carezcan de institución de herederos o en los que se compatibilicen una institución testamentaria, en parte de la herencia, con los llamamientos *ab intestato*, en el remanente de la misma, resulta posible que no se incida en vicio de preterición en algunos testamentos carentes de la mención de todos los legitimarios.

Así vemos, v. gr., cómo Vázquez de Menchaca (165), resumiendo la común opinión de los autores, explicó que no se incurría en preterición en los supuestos:

- de haberse otorgado el testamento con cláusula codicilar (166),
- o en la cláusula *omni meliori modo et forma, quo valere possit* (167).
- cuando por costumbre sea remitida tal formalidad (168),
- o lo sea por ley o estatuto (169),
- en caso de tratarse de un testamento militar u otorgado en tiempo de guerra (170).

consiguiente, que de cualquier modo que ésta se invalide, no obstará esa circunstancia para que subsistan las mandas hechas en los codicilos; parece, pues, que d. l. encarga la prestación de tales mandas a los herederos abientes-tato; ahora bien, así como los codicilos subsistieron por más que se invalidara el testamento, si expresamente se hubiese rogado a los herederos legítimos que cumplieran con las mandas en ellos dispuestas, 1.1. 14 y 29 C. de *fideicomis*, parece que lo mismo ha de tener lugar cuando semejante encargo viene de la ley, como en nuestro caso. Medite el lector esta nueva razón".

(164) Cfr. *Apuntes...*, II, § 1.º, B, a (ed. sep. pp. 127 y ss., y A. D. C. IV-IV, pp. 1358 y ss.).

(165) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op. y lib. cits., § XX, nn. 87 y ss., fol. 188 vto. y s. y nn. 264 y ss. y fol. 226 y s.

(166) N.º 87, *Declaratio* 1 (fol. 188 vto. *in fine* y s.) y n. 272, *limitatio* 13 (fol. 226 vto.), en rel. con n. 251 (f. 225). Respecto la cláusula codicilar cfr. FRANCISCO GINOT LLOVATERAS, *La antigua cláusula codicilar y la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, en Centenario de la Ley del Notariado, vol. I —Madrid, 1962—, pp. 591 y ss.

(167) N.º 268, *limit. 9* (fol. 226 vto.), en rel. n. 247 (fol. 224 vto.). Cfr. *supra*, n. 65 y notas 29 y 30, la opinión de Matienzo, quien opinó que esta cláusula debía entenderse tácitamente incluida en Castilla en todos los testamentos notariales. Acerca de la cláusula *omni meliori modo*, cfr. *Apuntes...*, I, § 5, nota 174 (ed. sep. pp. 57 y s., y A. D. C. IV-II, pp. 473 y s.), y II, § 2.º, C. c. (ed. sep. p. 159 y A. D. C. IV-IV, p. 1399) y, especialmente, *Cautelas de...* nota 520 (vol. cit., p. 190), y Ginot, op. cit. VI, 1 y 3 (vol. cit., pp. 619 y ss. y 625 y ss.).

(168) N.º 88, *Declar. 2* (fol. 189) en rel. n. 281 *ampliatio* 12 (fol. 228).

(169) N.º 89, *Declarat. 3* (fol. 189), en rel. n. 281, *ampliat. 5* (fol. 227 vto.) y n. 245 (fol. 224) en las que limita el supuesto de la ley 1 tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá (1, tít. 4, lib. V Nueva Recop. y 1, tít. 18, lib. X de la Novísima Recop.) al caso de no instituirse heredero a ningún otro hijo ni a extraño alguno (cfr. sobre esta cuestión, *supra*, n. 2 y notas 24 y ss.).

(170) N.º 91, *Decl. 6* (fol. 189), basándose en la ley 4, tít. I, Sexta Partida; y n. 281, *ampliat. 6* (fol. 227 vto.).

- en el testamento *pias causas* (171),
- en el testamento *parentem inter liberos* (172),
- en la *divisio inter liberos* efectuada sin haberse instituido herederos (173),
- en el testamento otorgado ante párroco (174) y en el *apud acta iudicis* (175),
- en los otorgados en peregrinación, o estando encarcelado por un tirano, o en lugar rural, o en tiempo de epidemia, o en sitio hostil (176).

En el Código civil es sabido que, conforme los artículos 658, § 3.º; 764, 891 y 912, n. 2, se ha admitido no sólo la posibilidad de testamentos sin heredero (177), sino de herencia deferida en parte testada y en parte intestada (178) y de herencia distribuida íntegramente en legados (179). Y, en consecuencia, con relación con nuestro tema

(171) N. 92, *Decl.* 8 (fol. 189) y n.º 267, *limitat.* 8 (fol. 226 vto.) en rel. n. 246 (224 vto.).

(172) N. 94, *Decl.* 10 (fol. 189) rel. 264 (fol. 226) donde lo limita al supuesto en que no se instituya heredero a nadie. Otros autores, en cambio, estimaron que en todo testamento *parentem inter liberos* debía sobreentenderse puesta la cláusula *omni meliori modo...* (cfr. COVARRUVIAS, op. cit., cap. *Raynatius*, § 1, n. 4. ed. y vol. cits., p. 67; y MATIENZO, op., lib. y tit. cits., ley 1, gl. 10, n. 59, fol. 81 vto.).

(173) N. 270, *limit.* 11 (fol. 226 vto.) en rel. n. 249 fol. 224 vto. y s., donde establece la limitación de que no se haya instituido heredero a ninguno.

(174) N. 96, *Declar.* 13 (fol. 189).

(175) N. 90, *Decl.* 4 (fol. 189) y n. 281, *Ampliat.* 3 (fol. 227 vto.).

(176) N. 94, *Declar.* 11; n. 95, *Declar.* 12; n. 97, *Declar.* 14; n. 99, *Declar.* 16; n. 100, *Declar.* 17 (fol. 189); n. 281, *Ampliat.* 7, 8 y 10 (fol. 227 vto.).

(177) Es sabido que en el año 1348 la ley 1 tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá, derogó los principios romanos de la necesidad de la institución de heredero **y** de la aceptación de éste para la validez del testamento (cfr. *Apuntes...*, II, 1.º, A, b, ed. sep., pp. 119 y s., y A. D. C., IV-IV, pp. 1350 y s.). Doctrina recogida en el artículo 764, § 1.º del Código civil al prevenir que: “*El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar*”.

(178) Entre los autores castellanos de los siglos XVI y XVII, predominó el criterio de quienes estimaron que la citada ley del Ordenamiento de Alcalá no había derogado los principios de la *universalidad de la institución de heredero* y de la *incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada*. Pero a finales del siglo XVIII y en los primeros tercios del siglo XIX, vemos preponderar el criterio contrario, recogido en el Proyecto de 1851 y consagrado en el Código civil en sus artículos 658, § 3, 764 y 912, n. 2. (cfr. *Apuntes...*, II, 1, B, b, y E, b, ed. sep. pp. 129 y ss., y 145 y s., y A. D. C., últ. cit. pp. 1360 y ss., y pp. 1376 y s.).

(179) El Código civil, en los artículos 764, 891 y 912, n. 2, siguiendo al proyecto de 1882 llegó más allá aún que los preceptos del Ordenamiento de Alcalá y que los autores castellanos, puesto que admite la posibilidad de que toda la herencia sea distribuida en legados. Criterio sin otro precedente castellano que la solución dominante entre los comentaristas de la repetida ley del Ordenamiento de Alcalá, dada para el caso de no aceptar la herencia ningún heredero, según la cual en ese supuesto los legatarios podían dirigirse al Juez para reclamar el cumplimiento de las mandas y legados dispuestos en el testamento (Cfr. *Apuntes*, II, § 1.º, A, d y E, ed. sep. pp. 123 y ss. y 146, y A. D. C., últ. cit., pp. 1354 y ss. y 1377).

surge la pregunta de si, en esos supuestos, en caso de no ser mencionado algún heredero forzoso en línea recta, cabe estimar o no que el testador incurrió en preterición (180).

Si la sucesión intestada tiene lugar, siquiera sea tan sólo en parte, resultará que por ella serán llamados los legitimarios y así, propiamente, no habrá lugar a la preterición, sino, en su caso, al ejercicio de la acción de complemento, por cuanto hay que entender que el testador en aquella parte de la que no dispuso se remitió a las reglas de la sucesión intestada (181).

De distribuirse toda la herencia en legados, como la preterición no anula sino la institución, pero no los legados, habrá de reducirse la aplicación del artículo 814 tan solo a su aspecto positivo de validez de los legados, y en lo negativo será de aplicación el 817 del Código civil (182), es decir, habrá lugar a la acción de reducción de los legados (183).

15. Determinación en razón de su parentesco de las personas que no pueden ser preteridas

Antes hemos visto someramente quiénes por *ius civile* y *ius praetorium*, debían ser instituidos o exheredados, y también la innovación de la Novela CXV de Justiniano que generalizó este deber con respecto de descendientes y ascendientes sin distinción de sexo o agnación. En las Partidas, según hemos visto, la ley 1.^a, título VIII de la Sexta Partida, en sus tres últimos párrafos, se refiere a la preterición de descendientes y ascendientes, indicando que el testamento en que se incurriera en ella *non vale, nin es nada y pues que non deue valer, non se puede quebrantar*. Añadamos que también las

(180) Para este supuesto, MATIENZO (op. cit., lib. V, tít. IV, ley 1, gl. 49, fol. 81), ANTONIO PICHARDO DE VINUESA (*Commentarium in quator Institutionum Iustinianearum libros* —Valladolid, 1630— lib. II, tít. XVIII, § *Igitur quartam*, n. 26, p. 337) y AYLLÓN LAINEZ (Add. cits. ad. lib. I, cap. XI, n. 2 § *Dubitatur autem*, p. 60), estimaron que el testamento conservaba su validez. Como sintetizó el último de los tres autores citados: “In quo (praeterito filium) certa resolutio est, quod si pater nullo instituto herede, suum faciat testamentum, illud valeat, nec filius ius dicendi nullum habeat, cum ipse censeatur heres *ex d. lege 1.^a*” (es decir, la 1.ª tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá).

(181) En este sentido cfr. NAVARRO AMANDI, op. y vol. cits., art. 814, cuest. 1.^a ap. final, p. 306; VALVERDE VALVERDE, op. y vol. cits., cap. XXIII, § III, *Efectos*, primer caso, p. 309; GUILLERMO G. VALDECASAS, op. cit., II, 2, loc. cit., p. 956 *in fine* y s.; GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 124.

(182) Cfr. en igual sentido ROCA SASTRE, *Naturaleza jurídica de la legítima*, loc. cit., p. 207 —que aplica el último inciso del primer párrafo del art. 814, común sólo con el art. 891—; nuestros *Apuntes...*, II, § 1.^o, C, ed. sep., p. 136, y A. D. C., últ. cit., p. 1367, donde afirmamos se trata de un caso de aplicación del art. 815 y no del 814 C. c.; y GARCÍA BERNARDO, op. cit., p. 121, nota, 305.

(183) Cfr. nuestros *Apuntes...*, II, § 1.^o, C, ed. sep., p. 136, y A. D. C., últ. cit., p. 1367. Doctrina aplicable incluso en el caso de distribuirse la herencia en legados parciarios (S. en enero 1918). Cfr. *Apuntes...*, II, § 4.^o, E, 1.^o, ed. sep., p. 271, y A. D. C., V-III, p. 879.

Partidas regularon la preterición del hermano pospuesto a *ome que fuese de mala vida o enfamado* (184) u *ome de mala fama* (185), admitiendo que en este caso puede “quebrantar el testamento”, es decir “querellarse ante el Juez e quebrantar el testamento”. Y que respecto a las madres naturales, la ley 11, título XIII de la misma Partida, en su apartado primero razonó que “*Las madres siempre son ciertas de los hijos que nascen dellas; por esta razón todo hijo due heredar en los bienes de su madre en una con los otros hijos legítimos que nascen della, quier sea legítimo o non. Fueras ende...*” (186). Nombrando Gregorio López, como acción consiguiente, la querella de testamento inoficioso, acción que estima corresponde correlativamente también a la madre natural y demás ascendientes maternos en la herencia de tales hijos (187).

El artículo 640 del Proyecto de 1.851 señala como sujetos pasivos de la preterición a “*los herederos forzados en línea recta*”, siendo de tener en cuenta que—conforme el art. 641—“*sólo se estimaban herederos forzados a los hijos y descendientes legítimos y a los padres y ascendientes legítimos*”. E igual criterio se observa en el Anteproyecto de 1882-1888, en su artículo 799 en relación con el 792. Pero, en el Código civil, aunque el artículo 814 sigue *hablando de herederos forzados en línea recta*, el artículo 807, en su número 3, incluye entre los herederos forzados a los hijos naturales *legalmente reconocidos y al padre o madre de éstos*. Ello ha dado lugar a que se cuestionase si en la disposición del artículo 814 se incluían también estos herederos forzados de nuevo cuño.

(184) Partida 6.^a, Tít. VII, ley 12, apartados 4.^º y 5.^º: “*E aunque non fizesse mención del en el testamento, puede dejar lo suyo a quien quisiere, quando non ouire hijos, nin otros que descendiessem del de la línea derecha, nin padre, nin áuelos; fueras ende, si estableciesse por su heredero atal ome, que fuese de mala vida, o enfamado. Ca estonce non valdría el establecimiento de tal heredero; ante dezimos que el hermano puede quebrantar el testamento...*”.

(185) Part. 6.^a, Tít. VIII, ley 2, apartados 2, 3 y 4: “*E como quier que non faga emiente del hermano en el testamento, nin le deje ninguna cosa dc lo suyo, non le pertenece al hermano, de fazer querella del testamento que el otro su hermano ouiesse hecho, nin lo puede quebrantar. Fueras ende si aquel que fuese establecido por heredero, fuese ome de mala fama, o ouiesse seydo sicrno del testador, o otro quel ouisse aforrado, e después lo estableciesse por su heredero, por falago que le fizesse el aforrado, non lo meresciendo él, nin auiendo dcrecha razón, por lo que deuissse fazer. Ca seyendo el heredero tal como sobredicho es, estonce bien podría el hermano querellarse ante el Juez, e quebrantar el testamento, en que fuese establecido por heredero...*”

(186) A continuación, dicha ley 11, excluye a los incestuosos y a los hijos de dañado ayuntamiento, y señala que los espurios no deben heredar con los legítimos.

(187) GREGORIO LÓPEZ glosa a las palabras “*Deue heredar en los bienes de su madre*” de dicha ley 11, tít. XIII, 6.^a P. (cfr. ed. y vol. cits., pág. 703, nota 74): “de consiguiente la madre, la abuela y demás ascendientes de la línea materna tendrán la querella de testamento inoficioso contra el testamento de dicho descendiente”.

- a) *¿Están incluidos los hijos naturales y recíprocamente su padre o madre en el precepto del artículo 814, § 1.º?*

Es de notar que el artículo 807, en su n. 3.º, al declarar herederos forzosos también al cónyuge viudo y a los hijos naturales legalmente reconocidos, y al padre o madre de éstos, determinó que éstos y aquél fueran herederos forzosos en la forma y medida que establecen los artículos 834, 835, 836, 837, 840, 841, 842 y 846" —según su primitiva redacción—, o "los artículos 834 a 842 y 846" —según su vigente redacción—. ¿Indica esta limitación —que no aparece en los núms. 1.º y 2.º del art. 807, para descendientes y ascendientes legítimos—, la inaplicación a los naturales de aquellos preceptos relativos a las legítimas, en general, que no resulten complementarios de los reseñados, sino que —como el artículo 814—, exceden en sus efectos del contenido asignado a estos legitimarios del n. 3.º del artículo 807 en los artículos a que este número se remite?

Lo cierto es que los primeros comentaristas del Código civil no estuvieron de acuerdo en cuanto a esta cuestión.

En contra de la aplicación a los padres e hijos naturales de las consecuencias de la preterición se arguyó (188):

1.º Que la expresión de *línea recta* se limita, en el Código civil, a referirse a ascendientes y descendientes legítimos, como se infiere de la Sección "Del parentesco" en el título "De la sucesión intestada", artículos 915 a 923, y, especialmente, de los artículos 917 y 918 y del Capítulo "Del orden de suceder, según la diversidad de líneas", dentro de la cual se habla de *línea recta* descendente y ascendente sólo con relación a los hijos y nietos y a los padres y abuelos, y en sección aparte: "De los hijos naturales reconocidas".

2.º El carácter restrictivo de los derechos hereditarios del hijo natural.

3.º Los efectos exorbitantes que resultarían de la aplicación a favor de los hijos naturales de la doctrina de la preterición (189).

A favor de su aplicación fue alegado (190):

1.º Que el artículo 814 no distingue al hablar de los herederos forzosos en *línea recta*, que su letra no habla de *parientes en línea recta*, en cuyo caso podría entenderse que sólo se refería a la familia legítima, sino de *heredero forzoso en línea recta*, entre los cuales

(188) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., vol. XIV, arts. 812 a 817, III P. (ed. cit., pp. 420 y ss.).

(189) Esta exorbitancia ha sido destacada contemplando los supuestos resueltos en casación por el Tribunal Supremo, por MANUEL DE LA CÁMARA, *De recho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en Rev. Der. Notarial VII (enero-marzo 1955), pp. 65 y ss.

(190) MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 814, *Coment.* 1.º, A (ed. cit., pp. 346 y ss.), a quien secundó SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-II, cap. XVI, n. 34, 3.º (ed. cit., pp. 1133 y ss.), y cuyo criterio vemos aprobado más tarde por DE BUEN, *Notas* cits., cap. II, sec. IX, § 7.º (ed. cit., p. 345), y seguida por casi todos los autores (cfr. PUIG PEÑA, op. y vol. cits., cap. XIV, I, B 3.º pág. 377).

están el padre y el hijo natural, pues la palabra *línea* "no es patrimonio de los ascendientes y descendientes legítimos".

2.^º Que lo prueba la contraposición de esos herederos forzosos en línea recta al cónyuge, y la consideración de que sería absurdo que el legislador, al tratar de la preterición, se hubiera olvidado del hijo y del padre natural.

Pero, entre estas posiciones extremas, cabe aún otra tercera que distingue el supuesto en que el hijo natural concurre con herederos forzosos en la línea recta y legítima, o el caso en que concurra con herederos voluntarios o con el cónyuge viudo, estimando que sólo en este segundo supuesto es aplicable el artículo 814 a favor del hijo natural o, en su caso, a favor del padre o madre naturales (191). En apoyo de esta posición cabe aducir que:

1.^º Los ascendientes y descendientes legítimos tan sólo pueden invocar la preterición cuando, en virtud de la consiguiente nulidad de la institución, serían herederos ab intestato, que es el resultado al que conduciría la declaración de aquella nulidad de la institución.

2.^º Resulta absurdo que la omisión del hijo natural rompa la institución hereditaria dispuesta a favor de un hijo o padre legítimos, siendo así que la legítima de aquél se limita tan sólo ya sea a toda la cuota de libre disposición, o bien a una participación de ella.

El Tribunal Supremo, en S. 16 enero 1895 (192), 25 mayo 1917 y 23 abril 1932, consideró no preteridos, por la razón de haberles asignado el testador sendos legados, a los hijos naturales a quienes había silenciado como tales hijos, habiendo sido instituidos en los tres casos herederos a hermanos del propio testador.

En S. de 17 junio 1908, 27 febrero 1909 y 11 marzo 1950, estimó la nulidad total, por preterición de hijos naturales, de la institución de heredero dispuesta a favor de unos sobrinos del causante, en el pri-

(191) Esa posición fue subsidiariamente aducida por SCAEVOLA (loc. últ. cit., pp. 422 y s.) y defendida como letrado por Antonio Hernández Gil en el recurso de casación desestimado por la S. 22 mayo 1950 (cfr. Jurisprudencia civil de la R. G. L. y J. XXX, marzo-mayo 1950, pp. 1275 y s.).

(192) MUCIUS SCAEVOLA (loc. últ. cit., pp. 421 y s.) afirma que en virtud de la S. 6 enero 1895, y por decir ésta en uno de los considerandos que el hijo natural no puede aspirar sino a la tercera parte del haber hereditario, "resulta limitado a esto su derecho, y, siendo así, es clarísimo que no procede la destrucción del derecho de los herederos instituidos sino en lo que perjudique a dicha porción", y que "el hijo natural, a semejanza del cónyuge viudo, conserva el derecho que le concede la ley, pero sin que su preterición determine la nulidad de la institución y, así consta en la Sentencia referida, en la que se declara subsistente la institución de heredero a favor de los hermanos del testador en lo relativo a los otros dos tercios del caudal hereditario". Pero debe tenerse en cuenta que esa afirmación, comentada por Scaevola, se halla en el cuarto considerando de la Sentencia y que éste prosigue el razonamiento, contenido en el tercer considerando, según el cual, después de reconocer el carácter de herederos forzosos de los hijos naturales y de definir la norma del art. 814, declara que no es aplicable este precepto, sino los arts. 815 y 817 C. c., respectivamente, en los casos de haber recibido el heredero forzoso, por cualquier título, menos de su legítima y de deberse reducir las disposiciones testamentarias que la mengüen.

mer caso, de la mujer del testador, en el segundo, y de sus entenados, hijos de un anterior matrimonio de su esposa, en el tercero, y la S. 22 mayo 1950 por igual causa declaró la nulidad de la institución de una hija legítima.

La S. 2 julio 1904, en un supuesto que venía predeterminado por un pleito anterior, en el cual la Audiencia sólo había anulado la institución de heredero del cónyuge viudo en cuanto a la legítima de las hijas naturales y que no había sido debidamente recurrida, rechazó que fueran nulas unas ventas verificadas por los albaceas y cuyo importe cabía fuera de la legítima de los hijos naturales. La S. 11 mayo 1909 contempló un supuesto en el cual la hija natural sólo había reclamado contra la viuda del causante la nulidad de la institución en cuanto a la parte que por legítima le correspondía.

Es decir, que el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la preterición de un hijo natural anula la institución de los herederos no forzados o la del cónyuge viudo (193), y una sola vez que también anula la de los hijos legítimos (194).

(193) La S. 27 febrero 1909, en su 5.^o considerando declaró que: "al emplear dicho art. 814 el concepto legal de herederos forzados en línea recta no puede entenderse que se refiera especialmente a los ascendientes y descendientes legítimos con exclusión de los hijos naturales reconocidos; primero, porque el artículo no establece distinción ninguna en favor de la legitimidad, siendo, por tanto, aplicable el principio de derecho *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; segundo, porque con igual carácter de herederos forzados son llamados conjuntamente con los descendientes o ascendientes legítimos por los artículos 840 y 841; y tercero, porque los 807, número 3.^o, y 842 les imprimen, a mayor abundamiento, el carácter de herederos forzados, deduciéndose lógicamente, por tanto, de todo lo expuesto que los hijos naturales reconocidos, con relación a sus padres, se hallan en línea recta descendente lo mismo que los legítimos, doctrina ya sancionada por este Tribunal Supremo en 17 de junio de 1908, único precedente en que se planteó y debatió de manera concreta el punto en que este recurso se sometió a discusión."

(194) S. 22 mayo 1950 que, después de reiterar en su segundo considerando que, como el art. 814, "aparte de la excepción concretamente señalada del viudo o viuda, no hace distinción alguna entre los demás herederos forzados consignados como tales en el artículo 807 del Código, es obligado concluir con la Sala de instancia, al aplicar la norma del citado artículo 814 del Código civil al caso presente anulando la institución de heredero universal de la demandada", "no ha cometido infracción alguna de dicho precepto legal, interpretándolo con acuerdo", razonó en el tercero, rechazando las brillantes alegaciones de Antonio Hernández Gil, como Letrado del recurrente, "que en el segundo motivo, al que el recurrente atribuye el carácter de subsidiario, se plantea el problema de que por ser tan acusada la diferencia de derechos entre una hija legítima, que ostenta sobre la herencia además de su condición de heredera universal, y un hijo natural reconocido, la preterición de éste en el testamento no puede anular la institución de herederos de la primera, sino, a lo más, en la medida en que es causa directa para la instituida y de privación para el preterido, esto es, en el *quantum* de la legítima del último, porque en todo caso la cuota perteneciente al hijo natural habría de sacarse del tercio de libre disposición, y para ello no precisaba alterar la situación de la heredera universal legítima, y cita el recurrente en apoyo de su tesis tres sentencias de este Tribunal Supremo, cuya doctrina considera infringida por su no aplicación, además de la interpretación errónea del artículo 814 del Código civil; pero aparte de que este aspecto

En bastantes de los supuestos contemplados, la petición de que se declarara la condición de hijo natural del demandante fue formulada con posterioridad al testamento e incluso en algunos casos después del fallecimiento del testador (195).

b) *¿Lo están el adoptado plenamente y su adoptante?*

De conformidad al § 1.º del artículo 179: “*por ministerio de la Ley, el adoptado, y por representación sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél, los que la Ley concede al padre natural*”.

¿Tendrán, consecuentemente, si son preteridos, el derecho a pedir la nulidad de la institución? ¿Puede considerarse ese derecho como un derecho “en la herencia del adoptante”? ¿Tienen valor preciso estas últimas palabras? ¿Es total la equiparación a los hijos naturales de los adoptados plenamente?, y ¿lo es la asimilación al padre o madre naturales del adoptante con adopción plena?

Dejamos de lado los precedentes históricos (196), dada la falta de enlace que en materia de adopción tienen con el Derecho vigente. Y veamos lo que nos dice la Exposición de motivos de la Ley de 24 abril 1958 acerca de la relación jurídica que de la adopción plena

de la cuestión no fue planteado, ni debatido en el pleito, y aparece como cuestión nueva en el recurso, incurriéndose por ello en la ilicitud que tiene declarada la jurisprudencia para esta conducta procesal, la pretensión del recurrente resulta paradógica frente a su sostenida afirmación de la inexistencia de bienes en la herencia, circunstancia que originaría, de subsistir dicha inexistencia, que la resolución que contuviera tal pronunciamiento habría de ser inútil y de imposible ejecución, y, además, la doctrina contenida en las tres sentencias que el recurrente cita, es en absoluto inaplicable al caso presente, porque en las tres consta declarada la existencia de bienes hereditarios, supuesto distinto al del pleito presente, tratándose en el primer litigio (sentencia de 26 de enero de 1895) de un caso de complemento de legítima; en el segundo (sentencia de 2 de julio de 1904), de un testamento sin institución de heredero, en ejecución por los albaceas, al comparecer las hijas naturales reconocidas reclamando su correspondiente cuota legitimaria, y en el tercero (sentencia de 11 de mayo de 1909), el preterido limitó su demanda a pedir la nulidad de la institución de heredero únicamente en cuanto afectase a lo que por su legítima le correspondía, por lo cual se estimó que sólo procedía la rectificación en la cantidad pertinente de las particiones de la herencia ya efectuadas (influjo del artículo 1.080 del Código); resultando de lo expuesto que el Tribunal *a quo* obró correctamente al no hacer aplicación de la doctrina jurisprudencial mencionada al presente caso, y como queda consignado al examinarse el primer motivo, interpretó con acierto el artículo 814 del Código civil, por lo cual, tanto por el defecto procesal apuntado como por las razones últimamente consignadas, procede desestimar este segundo y último motivo del recurso.”

(195) La S. 27 febrero 1909 hizo constar expresamente que el derecho a pedir la nulidad de la institución corresponde, en caso de ser preteridos, a los hijos naturales aunque hayan obtenido la declaración de su filiación con posterioridad al testamento de su padre natural.

(196) Cfr. VÁZQUEZ DE MENCHACA, op., lib. y cits., n. 18, 19 y 20, fol. 171 y s.

resulta: “en la adopción plena, adoptante y adoptado ocupan en sus respectivas herencias el mismo lugar que los hijos naturales reconocidos y los padres que los reconocieron. Parece que los derechos y obligaciones que engendra la adopción plena debieran asemejarse a los que dimanan de la filiación legítima y no de la natural, pues más perfecta es la copia cuanto más lo sea el modelo. Pero tal solución hubiese hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural. Por eso, al regular los efectos de la adopción sobre el derecho sucesorio, la posición del adoptado plenamente queda equiparada a la del hijo natural reconocido, tanto en la sucesión legítima como en la forzosa”.

En ese texto se habla más genéricamente de tal equiparación en cuanto al derecho sucesorio y no sólo —como en el antiguo se decía— en cuanto a los derechos en la herencia. Todo lo cual, y dado el espíritu de la disposición, según lo expresado en el transrito texto de la Exposición de motivos, nos inclina, en principio, a estimar que la equiparación pretendió abarcar la cuestión que aquí estudiamos.

Pero, por otra parte, el carácter restrictivo con el cual debe aplicarse la analogía y mucho más tratándose de una institución de efectos tan duros, nos inclina a considerar que, a falta de una expresión clara y rotunda, parece aconsejable la solución contraria a la asimilación total (197).

c) ¿Es técnicamente preterición la del cónyuge viudo?

El § 2.^o del artículo 814 del Código civil dice que: “la preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código”.

Si los efectos de la preterición se diferencian del simple derecho a reclamar la legítima, porque los de aquélla dan lugar a la nulidad total de la institución de herederos, siendo estos efectos los que caracterizan esta institución que es particularmente formal, podemos concluir que la omisión del viudo o viuda podrá ser gramaticalmente preterición pero no lo es jurídicamente en sentido estricto y riguroso (198). Tanto más es de notar tal diferencia en cuanto, por otra parte, el preterido propiamente dicho debe instar la nulidad de la institución para beneficiarse por sus mayores derechos a la suce-

(197) Así, BONET RAMÓN (*Compendio...*, vol. V, CXXIX, núm. 132, B, pág. 705) entiende que la preterición del hijo o padre adoptivos en la adopción plena no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le concede el artículo 179.

(198) ROYO MARTÍNEZ (op. cit. XXI, 4, p. 245) razona: “por los frutos conoceremos el árbol, por la ineficacia de la institución de heredero (consecuencia legal) queda configurado el concepto de preterición, y es ocioso y equívoco emplear también tal palabra respecto del cónyuge viudo (art. 814, 2) si la consecuencia no le es aplicable. De aquí que sólo hablemos de herederos forzados en línea recta en la definición que inicia este epígrafe.”

sión intestada, mientras que el cónyuge viudo no necesita demandar nulidad alguna para exigir su cuota legal usufructuaria forzosa (199).

16. *Determinación de quiénes no deben ser preteridos por razón de las circunstancias de tiempo de su nacimiento o del hecho causante de su carácter de herederos forzados.*

A ese efecto cabe distinguir: los herederos forzados premuertos, los póstumos y los quasi póstumos; los descendientes del hijo premuerto y los de hijo desheredado o indigno, y los ascendientes que resulten herederos forzados por premoriedad de todos los descendientes.

a) *Herederos forzados premuertos*

Antonio Gómez (200), con referencia al Derecho común que estimó aplicable a Castilla, explicó que si el heredero forzoso preterido premoría al *de cuius* el testamento reconvalecía.

Este criterio es el que hallamos en el § 3.º del artículo 814 del Código civil: “*Si los herederos forzados preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*” (201).

b) *Herederos forzados póstumos y quasi póstumos.*

Hemos visto antes (202) que en la última reforma del artículo 814 Código civil ha quedado aclarada la equiparación de póstumos y de quasi póstumos, y que hoy, unos y otros, están incluidos no sólo en el espíritu, sino en la letra de este artículo.

c) *Descendientes de un hijo del testador nacidos antes o después de otorgarse el testamento, que resulten herederos forzados del testador por premorir a éste su dicho hijo, o en el caso de ser bisnietos o tataranietos por premorirle todos los descendientes intermedios entre éste y el causante.*

Los primeros comentaristas del Código civil (203), al examinar el § 3.º del artículo 814, observaron que para surtir efecto su disposi-

(199) Cfr. RAFAEL RAMOS BASCUÑANA, *De las sucesiones. Tratado teórico-práctico según el Código civil*, t. II —Madrid, 1898—, cap. XXIX, n. 4, pág. 29.

(200) ANTONIO GÓMEZ, *Variae...*, Lib. I, cap. XI, n. 4 (ed. cit., pág. 136).

(201) FEDERICO PUIG PEÑA, (op. y vol. cit., cap. XIV, 2, p. 384) indica que se asimila al fallecimiento la declaración legal de fallecimiento.

(202) Cfr. *supra*, n. 10, nota 103.

(203) Cfr. MANRESA, op. y vol. últ. cits., art. 814, p. 355; SCAEVOLA, op. y vol. cits., arts. 813 a 817, III, B, p. 428.

ción no basta que premuera el hijo omitido, sino que es necesario que éste no deje descendientes, pues en caso de dejarlos, éstos adquieren su derecho a la legítima y si fueron preteridos se anulará la institución.

Pero este criterio no debe entenderse solamente aplicable a los casos de premoriencia de hijos preteridos, sino en general a cualquier otro caso de premoriencia de un hijo —instituido o preterido— que deje descendencia legítima si ésta ha sido omitida por el testador (204).

Es decir, que la mención del padre premuerto no excluye la preterición de su estirpe si ésta no ha sido llamada en sustitución vulgar de aquél o mencionada en cualquier otra forma que no dé lugar a la preterición. La Dirección General de los Registros en RR. de 10 mayo 1950 y 14 agosto 1959, han calificado de preterición la omisión en el testamento del causante de sus nietos, hijos de un hijo premuerto, a pesar de que éste había sido instituido heredero en dicho testamento.

d) *Descendientes de un hijo desheredado o indigno.*

Después de nuestra postguerra, algunos autores han considerado que si los descendientes de un hijo desheredado o indigno hubiesen sido omitidos por el testador, tales descendientes debían considerarse preteridos y, por consiguiente, debía anularse totalmente la institución de herederos (205). Su argumento fundamental se centra en que los artículos 761 y 857 no hacen sino reiterar la afirmación de que los hijos del heredero forzoso indigno o desheredado son a su vez herederos forzosos y, en consecuencia, gozan de todos los derechos que por tal concepto correspondan, entre los que se halla el de invalidar la institución en caso de ser preteridos.

(204) Así lo han entendido ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU, *El derecho de representación en la sucesión voluntaria*, n. 5, en R. C. D. I., XIII (enero 1940), pp. 28 *in fine* y s.; TOMÁS ALBI AGERO, *Derecho de acrecer entre herederos forzosos*, en R. D. P. XXVI (febrero 1942), pp. 117 y ss.; ALFONSO CRUZ AUÑÓN, *Un caso frecuente de preterición*, en *Anales de la Ac. Matr. del Notariado*, vol. III (Madrid, 1946), pp. 547 y ss.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II. *Sucesiones* (Madrid, 1948), cap. VIII, *Derecho de representación en la sucesión testada*, pp. 270 a 272; GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO, *Commentario a la Res. de 10 de mayo de 1950*, en R. C. D. I. XXIII, pp. 605 y ss.; y a la Res. de 4 agosto 1959, en R. C. D. I. XXXII, pp. 805 y ss.; MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *El derecho de representación en la herencia testada...*, loc. cit., pp. 34 a 37; ALFREDO REZA, *Incompatibilidad del derecho de representación con la sucesión testada*, en R. C. D. I. XXVIII (mayo-julio 1955), p. 303; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general* (Barcelona, 1961), 34, n. 182, pp. 203 y ss.; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-III, cap. IV, pp. 395 y ss.; FRANCISCO BONET RAMÓN, *Compendio...*, vol. cit., § CXVIII, n. 56, c. pp. 315 y ss.; GARCÍA-BERNARDO, op. cit., p. 109.

(205) Cfr. GIMÉNEZ ARNAU, loc. cit., pp. 27 a 29; MANUEL DE LA CÁMARA, loc. ult. cit., pp. 34 y ss.; BONET RAMÓN, loc. ult. cit., pp. 315 y ss.; GARCÍA-BERNARDO, op. cit., p. 109.

Otros autores (206) han sostenido la opinión opuesta, entendiendo que dichos artículos dan derecho a los hijos del desheredado o indigno tan sólo a la porción de bienes que integra la legítima. Así lo creemos, reforzándonos en esta creencia la consideración de que se trata de normas innovadas, inspiradas en motivos de piedad que no deben interpretarse de modo extensivo, tanto más cuanto que no parece que la situación de los descendientes del indigno o del justamente desheredado deba ser mejor que la del hijo injustamente desheredado (207).

Cabe plantear si la preterición de un hijo indigno anulará la institución. Pregunta que debe contestarse negativamente, aduciendo que el hijo indigno no puede estimarse legitimado para impugnar el testamento del causante, puesto que ningún derecho tiene a su sucesión. Y aún cabe plantear, además, si su omisión debe considerarse como preterición de su estirpe. Pero, por ser los derechos de esta estirpe totalmente independientes de los derechos de su progenitor excluido —ya sea como consecuencia de la desheredación, o bien por disposición de la ley a causa de su indignidad—, cabe concluir que no parece razonable que la falta de mención del hijo indigno pueda influir en la calidad y la cuantía de los derechos que la ley concede a su estirpe, de modo especial y precisamente en compensación parcial de la pérdida de los derechos de aquél. Y, negado que en caso de ser mencionado el hijo indigno haya preterición de su estirpe, pese a no ser tampoco mencionada ésta, no queda base para aplicar otra solución distinta al caso de no haberse mencionado al hijo indigno.

e) *Ascendientes que por premioriencia de todos los descendientes —llamados o no— pasan a ser herederos forzosos.*

Su omisión queda comprendida, sin duda, en el texto del artículo 814 si al fallecer el testador tales ascendientes son sus herederos forzosos, independientemente de que no lo hubieran sido al otorgarse el testamento porque el testador, a la sazón, tenía descendencia que más tarde le premurió (208).

17. *Forma de la mención requerida para que no haya preterición.*

Hemos visto antes que en Derecho romano, para no incurrir en preterición, el testador debía instituir o bien desheredar *nominatim* o

(206) ROCA SASTRE, *Estudios...*, loc. últ. cit., pp. 271 y ss.; FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos*, V, B, a, en R. D. P. XLV, 1961, p. 490; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones...*, loc. últ. cit.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, vol. y loc. últ. cit., pp. 399 y ss. Criterio que ya había sostenido, al poco de aparecer el Código civil, NAVARRO AMANDI, op. y vol. cits., art. 761, pp. 216 y ss.

(207) La legítima del hijo injustamente desheredado se reduce a la corta o estricta, conforme S. 23 enero 1959.

(208) Cfr. MANRESA, loc. últ. cit., p. 355.

inter ceteros —según las circunstancias de agnación y parentesco y según los períodos históricos de dicho Derecho— a sus herederos forzosos. Pero al respecto concluyó por equiparar los póstumos a los nacidos (209), las hembras a los varones (210) y los que no se hallaren bajo la potestad del testador a los sometidos a ella (211), a los efectos de requerir que se efectuara *nominatim* su exheredación, caso de no ser instituidos. Doctrina recogida en la Ley 3, título VII de la Sexta Partida, en su primer apartado, al decir que “*Ciertamente, nombrándolo por su nome, o por sobre nome, o por otra señal cierta, deue el testador desheredar a cualquier de los descienenden del por la liña derecha, quando lo quiere fazer; quier sea varón, o quier sea muger, o sea en su poder o no, de manera que ciertamente pueda saber qual es aquel que deshereda*”.

Vemos que el expresado texto consideró desheredado *nominatim* al nombrado, por su nombre, por su apellido o por otra señal cierta. Lo cual dio lugar a que se tratara de precisar las formas de desheredar *nominatim*. Así, Vázquez de Menchaca (212) indicó las siguientes:

- 1.^a *Per signum specificum*, v. gr.: “*filius meus Titius exheredes esto*” (213).
- 2.^a *Per signum universale*, v. gr.: *omnis* (214).
- 3.^a *Per signum distributivum*, v. gr.: *quilibet* o *quinquenque* (215).
- 4.^a *Sub appellatione caeterorum* o *relinquorum* (216).
- 5.^a *Per demonstratione corporis* (217).

Lo más discutido fue si la desheredación verificada *per signum indefinitum* (218) podía considerarse hecha *nominatim*. Distinguió la

(209) Dig. XXVIII-III, 3, pr.; Cod. VI-XII, 2; Instit. II-XIII, § 2.

(210) Cod. VI-XXVIII, 4; Instit. II-XIII, pr. y § 5.^o

(211) Cod. VI-XXVIII, 4.

(212) VÁZQUEZ DE MENCHACA, op., pars. y lib. cit., § XX, nn. 48 y 49^o (fol. 179 vto.).

(213) El apartado penúltimo de la ley 3, tít. VII, 6.^a Partida, admite que: “*Otrosí desmos, que quando el testador ha un fijo tan solamente, a quien quicre desheredar, e dizele mal, que lo pudo fazer diciendo assi: El malo el ladrón, e el matador, que non meresce ser llamado mio fijo, desheredolo por tal yerro que me fizo; ca tal desheredación como esta tanto vale, como si lo nombrasse señaladamente, quando le desheredasse.*” Siguió en esto la ley castellana el criterio de Ulpiano en Dig. XXVIII-II, 3, pr. respecto a las referencias “*non nominandus, vel non filius meus, latro, gladiator*”, o el “*ex adulterio natum*”.

(214) Dig. XXVIII-II, 28, pr., ap. 1.^o, texto en el cual Papiniano recoge la opinión de Paolo acerca de la debida forma de la fórmula de desheredación: “*ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunt*”.

(215) Dig. XXVIII-III, 3, § 5, ap. 1.^o: “*Nominatim autem exheredatus postumus videtur, sive ita discrit “quicunque mihi nasceretur”, sive ita “ex Seia”, sive ita: “venter ex heres esto”...*”.

(216) Dig. XXVIII-II, 25, pr. Cfr. Dig. L-XVI, 160, en que Ulpiano recogió la opinión de Marcelo según la cual “*‘Ceterorum’ et ‘relinquorum’ appellatione etiam omnes continentur*”.

(217) Dig. XXVIII-V, 58 [56] pr., referente a la institución con la fórmula “*hic mihi heres esto*”.

(218) Ley 3, tít. VII, 6.^a P., ap. núm. 2 y ss.: “*Por manera y a, en que desheredaria el testador de los que descendiesen del, non nombrandol por su nome. E esto seria como si el testador ouisse un fijo tan solamente, e dixesse:*

cit. ley 3, tít. VII, 6.^a P. según el testador tuviese un hijo o varios, estimando que la fórmula indefinida era suficiente si sólo tuviera un hijo (219). Entendiendo Vázquez de Menchaca (220) que, en caso de expresarla en plural el testador, debía distinguirse según sus hijos fuesen dos solamente —supuesto inequívoco en cual la desheredación debía entenderse hecha *nominatim*— o un número mayor —en cuyo caso no podía estimarse así—.

Es de notar el diferente criterio interpretativo de las expresiones indefinidas sostenido según fuese la disposición favorable u odiosa (221). Así, tratándose de la institución de póstumos con palabras indefinidas, los comprendía todos, incluso los que nacieran de un ulterior matrimonio o de quien carecía de hijos al testar (222); en cambio, si las palabras indefinidas se referían a su desheredación debían entenderse preteridos los póstumos que nacieran después, según el criterio más comúnmente seguido por los autores (223).

También es de subrayar que fue rechazada la eficacia de la exheredatio verificada, incluso con palabras universales, entre diversos grados de descendientes (224). Y que tanto más ineficaz, por su carácter *inter caeteros* respecto a los hijos y descendientes, lo era la referida en términos generales a todos los herederos forzosos.

En nuestro régimen actual, con un correcto planteamiento de la cuestión, creemos que deben ser considerados ciudadosamente no sólo

Desheredo mio fijo. Ca assaz se entiende, que desheredado es, pues, que non a mas dc aquell fijo. Mas si ouiere mas, non seria desheredado ninguno dellos por tales palabras." Texto tomado de Ulpiano (Dig. XXVIII-II, 2): "Nominalim exheredatus filius ita videtur "Filius nucus exheres esto", si nec nomen eius expressum sit, si modo unicus sit; nam si plures sunt filii, benigna interpretatione potius a plerisque responderetur, nullum exheredatum esse."

(219) VÁZQUEZ DE MENCHACA, § últ. cit., n. 54 (fol. 181), observó que: "Inter indefinitam autem et universalem orationem seu exheredationem est insignis differentia. Quia illa verba, omnes filios vel liberos exheredo, omnes ex proprietate verborum, et ex necessitate comprehendunt, etiam si mille sint. Sed illa verba, liberos vel filios exheredo possunt verificari in solis duobus, licet essent plures, neque ex necessitate omnes, sed tantum ex aptitudine comprehendunt."

(220) VÁZQUEZ DE MENCHACA, loc. y § últ. cit., n. 50, vers. *Hinc infero* (fol. 180).

(221) VÁZQUEZ DE MENCHACA, § últ. cit., n. 55 (fol. 181). Criterio patente en el texto de Paulo (Dig. XXVIII-II, 19), que concluye: "aliamque causam esse institutionis, quae benignè acciperatur, exheredationes autem non essent adiurandae".

(222) VÁZQUEZ DE MENCHACA, n. 175 (fol. 206).

(223) VÁZQUEZ DE MENCHACA, n. 176 (fol. 206 vto. y s.), donde señala que hubieron tres opiniones al respecto: quienes estimaron desheredado al primer nacido y preteridos a los demás; quienes entendieron preteridos a todos y quienes a todos los consideraron desheredados.

(224) Apoyándose en la glosa a la ley *Titius* (Dig. XXVIII-II, 25), VÁZQUEZ DE MENCHACA (§ últ. cit., n. 57 [fol. 181 in *finc* y *vto.*] y n. 62 [fol. 182]) observó que mientras la *exheredatio* referida a los hijos con las palabras *omnes* o *caeteros* se entendía efectuada *nominatim*, la efectuada con las mismas palabras pero referida, de modo general, a los *liberis* no valía "quasi *inter caeterus gradus facta videatur*".

los supuestos de institución y desheredación, sino, en especial, los de salvedad o asignación genérica de la sola legítima.

Generalmente es admitido que no hay preterición cuando el testador instituye herederos a sus hijos vivos al tiempo de hacer el testamento y a los que nazcan después (225). La Dirección General de Registros, en Res. de 9 diciembre 1893, en un supuesto en que era aplicable el Derecho anterior al Código civil, consideró que no había incidido en preterición la testadora que había instituido por herederos a los hijos que a la sazón tenía y a cuantos hubiere y procreara en adelante, sin que, por lo tanto, el nacimiento de un póstumo pudiera quebrantar el testamento; y en Res. 11 mayo 1900 declaró válida la institución, aunque se hubiera omitido el hombre de un póstumo, que fue formulada por la testadora designando a su hijo don Eduardo, "y a los demás hijos e hijas que Dios Nuestro Señor fuese servido darla durante su matrimonio con don...".

La duda puede existir cuando el testador soltero deja a salvo solamente la legítima de aquéllos a quienes legalmente pudiere corresponder.

Con referencia a un caso regido por Derecho catalán, el Tribunal Supremo ha contemplado un supuesto de esa clase, en S. de 4 mayo 1966 (226), que en sus fundamentales razonamientos debe entenderse perfectamente aplicables al Derecho común, especialmente en cuanto declara la supremacía de la voluntad sobre toda manifestación externa, al decir de aquélla, que "impera y rige la interpretación de sus posteriores manifestaciones, así las que son reguladas por el Derecho común como aquellas que, como la examinada, lo son por el Foral catalán. Habiendo razonado, en términos generales, en el considerando anterior que "es absolutamente necesario llegar al convencimiento de lo que el testador realmente dispone, siendo de toda evidencia que este logro no puede determinarse en un somero examen de la literalidad de las cláusulas testamentarias, pues esto sólo es suficiente y atendible cuando incontrovertiblemente es exacto reflejo del querer del testador; pero nunca si se presta a diversas interpretaciones o si,

(225) Cfr. MANRESA, op. cit., vol. VI, art. 814, Coment. 1.^o B (ed. cit. pág. 349); RAMOS, op. cit., cap. XXIX, n. 3 (vol. II, pág. 28); Rovo, op. cit., cap. XXI, § 4.^o, pág. 243 (que avala las expresiones referidas instituyendo, a lo menos en cuanto al tercio de legítima estricta, "a los hijos nacidos y *por nacer*" o "a cuantos hijos legítimos sobrevivan al otorgante", u otras fórmulas análogas); PUIG PEÑA, op. y vol. cits., cap. XIV, 1, B, 2.^o, pág. 376, donde concluye que "si el testador dice, por ejemplo, que deja la legítima correspondiente a sus hijos en general, no existirá preterición aunque no nombre "de una manera expresa" a cada uno de ellos".

(226) He ahí el supuesto de hecho del caso contemplado por esa Sentencia: Un catalán soltero otorgó testamento en contemplación de las segundas nupcias que iba a contraer su padre, e instituyó en el mismo herederos a sus dos hermanos y legó "a su citado padre y, al solo efecto de evitar la preterición, a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima en sus bienes, lo que les corresponda según ley". Años después el testador contrajo matrimonio, y al año de contraído falleció en accidente de automóvil, quedando su viuda encinta, de la que cuatro meses después nació un hijo póstumo.

pese a su aparente claridad, no se comparece con lo por él querido, que, por tratarse de una manifestación de voluntad no recepticia, ha de imponer su hegemonía sin nada que coarte, si no se opone a la Ley, su libre decisión". Bajo esta pauta, el Tribunal Supremo casó le sentencia de la Audiencia, y estimó preterido al póstumo por no estimarlo incluido en la fórmula de atribución de la legítima referida a cuantas personas puedan acreditar y pretender derecho a ella, considerando, como razonamiento final, que "también se llegaría a esa conclusión tras una interpretación objetiva y aislada de la cláusula en que se prescindiera de las formalidades impuestas por el Derecho romano, porque, en todo caso, ni gramaticalmente cabe estimar comprendido en la compleja e imprecisa mención del póstumo, junto al singularmente mencionado padre, ya que éste por aquél queda desplazado sin posibilidad de coexistir, ni lógicamente cabe tampoco entender que en el contenido de la cláusula aparecen contemplados los posibles póstumos, pues si la conclusión que se siente tras investigar cuál fuese el querer de un testador, deriva de un proceso intelectivo que lleva a una convicción, no es dable admitir que con tan ambigua expresión solamente se desheredaba a los posibles póstumos, ya que ello pugna con la lógica y aun repugna con las normales motivaciones afectivas determinantes de esta clase de disposiciones de última voluntad, que sólo pueden ser interpretadas contra un desarrollo normal de la actuación del hombre, cuando claramente se demuestre esta contradicción, mas no cuando, como en el caso enjuiciado, la no modificación del testamento permite colegir la convicción del otorgante de que la existencia de descendientes legítimos anulaba lo que no tuvo otro alcance que una institución hecha en atención a las circunstancias que en la fecha del otorgamiento concurrían respecto al único heredero legítimo, "expresa y singularmente mencionado".

C) *El concepto de preterición en las regiones y territorios de Derecho especial foral.*

a) *La preterición en Cataluña.*

18. *Antes de la compilación.*

La doctrina romano-justinianea acerca de la preterición sufrió algunas modificaciones en Cataluña en virtud de disposiciones de Derecho autóctono.

a) En el *Derecho general del Principado y referente a los hijos y descendientes*, fue fundamental el párrafo final del cap. I de la Constitución dada por Pedro III (IV de Aragón) en las Cortes de Monzón de 1363: "E sis vol per dret de legat, o per qualsevol altra manera, posat que non per dret de institutio, de Fill, o de altres infants en lo testament perço no deça esser irritat, o esser dit irrit o nulle". (Const. de Catalunya, vol. II, Lib. VI, Tit. II, Const. II).

Es decir, la preterición no tenía lugar si “en el testamento se hiciere mención del hijo o de otras infantes, ya fuera por *derecho de legado o en cualquier otra forma*, aunque no por *derecho de institución*”.

Antes, un Privilegio del 4 de los Idus de noviembre de 1348 y otros anteriores, dados en Perpiñán, permitieron a los hombres de esa ciudad dejar por legítima cinco sueldos a sus hijos sin que éstos pudieran romper el testamento. Lo cual fue, tal vez, el origen del uso testamentario de dejar cinco sueldos a los descendientes, no instituidos *hereu*, sin perjuicio del derecho de éstos (fuera de los ciudadanos de Perpiñán) a exigir el suplemento (227).

Por eso se definió que: “*Preterir es no admitir ni excluir a aquel que ostensamente había de suceder de derecho al testador, sino pasarlo en silencio*” (228).

Sin embargo, quedaron supuestos discutidos que la doctrina tuvo que solucionar. Así, se dictaminó que:

I) No bastaba una mención enunciativa, sino que ésta debía ser dispositiva, no excluyendo la preterición de un hijo que se le nombrase albacea (229).

II) El hijo instituido en cosa propia se le consideraba preterido (230).

III) No se entendía preterido el hijo designado sustituto, sino que, invalidándose sólo el primer llamamiento, se consideraba llamado en primer lugar (231).

(227) Cfr. PEDRO NOLASCO VIVES Y CEBRIÁ, *Usatges y demás derechos de Cataluña*, t. II —2.ª ed. Barcelona, 1862—, Lib. VI, tit. V, nota 1, p. 257, y José PELLA Y FORGAS, *Código Civil de Cataluña*, t. III —Barcelona 1918—, art. 814, pág. 270, nota 2.

(228) José COMES, *Viridarium Artis Notarii*, Parte III, cap. 5.º, n. 1.131. Cfr. su trad. al castellano, *Tratado teórico práctico del Arte de Notaría* (Barcelona 1928), vol. II, pág. 42. Con parecidas palabras VICENTE GIBERT, *Técónica del Arte de Notaría*, Parte II, cap. I, tit. 4, cfr. trad. castellana, 3.ª ed. Barcelona, 1870, pág. 230.

(229) Cfr. FRANCISCO FERRER, *Commentaria sive glossemata ad utiliorem guadnam ex Constitutionibus Principatus Cathaloniae incipientem*, “*Los impuberes*”, sub rubro “*de pupillaribus, et aliis substitutionibus*” (Lérida, 1618), Glos. 8, n. 149 (fol. 205 vto.): “non enim sufficit qualis haec mentio facienda, et per constitutio- nem optata, sed quod dispositio adhibita, nec sufficit enuntiative fieri, sicut consului alicundo super quedam rustici testamento, in quo de filio testatoris matrimonio copulato, solum facta fuit mentio, creando illum manumissorem ad exequendas pias voluntates in eo relictas, quo casu consultui pro nullitate testamenti, non enim praesens nostra constitutio, in aliqua illius parte abrogavit partem illam iuris communis.” En igual sentido, VIVES Y CEBRIÁ (op. y vol. cit., Lib. VI, tit. II, nota 15, pág. 248).

(230) Cfr. CANCER, *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathalauniae*, Pars III, pac. XXI, n. 230 (ed. Lugduni, 1683, vol. III, p. 413): “*filio instituto a patre in re propria, qui non dicitur institutus sed praeteritus*”.

(231) Cfr. CANCER (op. cit., Pars, III, cap. II, n. 185, pág. 40) y BONAVEN- TURA DE TRISTANY, *Sacri Supremi Regii Senatus Cathalauniae. Decisiones*, Dec. III, nn. 26 y 27 (T. I —ed. Barcinonae 1686—, pp. 64 y s.), quien se apoyó especialmente en Dig. XXVIII-VI, 43, 2 (ley *Exfacto*, § *Lucius Titius, De vulg. et pipill. substit.*).

IV) Los nietos hijos de un hijo premuerto del testador, no se entendían preteridos de haber sido debidamente mencionado su premuerto padre, pues “sub nomine filiorum nepotes comprehendi; sola enim mentio filii primi gradus roborat testamentum” (232). Pero si el padre fue desheredado, al no quedar desheredados los nietos, premuerto aquél resultarían preteridos éstos si no hubiesen sido mencionados (233).

V) Se estimaban aplicables los textos del Derecho romano viejo (234) en virtud de los cuales la preterición quedaba subsanada por la donación hecha por el causante al legitimario a cuenta de su legítima, antes de otorgar el testamento (235).

β) Asimismo, por *Derecho general del Principado, la preterición de los ascendientes por los descendientes* no jugaba como tal preterición, sin perjuicio de la legítima de aquéllos. Así lo dispuso el cap. I de la Constitución dada en las Cortes de Tortosa por Eleonor, consorte y lugarteniente general de Pedro III (Constit. de Catalunya, vol. VI-IV, I): “Primerament, e tot cert ordenam, que si del Pare, o de altres ascendents en lo testament dels fills per dret de institutio no est feta alguna mentio, no res menys aytal testament sic valit, e ferm, lo dret empero de la llegitima als dels ascendents tot temps salva”.

γ) La preterición de los hermanos pospuestos a *persona turpis*, lo mismo que su desheredación injusta en igual caso, les permitía ejercitar la querella, pero únicamente para reclamar su legítima (236).

δ) En *Derecho lacial de Barcelona*, en virtud del privilegio concedido a la ciudad en las calendas de noviembre de 1339 por Pedro III (Constit. de Catalunya, vol. II, Lib. VI, Tít. I, única), a solicitud de los consejeros y prohombres de la misma, se estatuyó y ordenó que “quod ex quo testator, seu alius quivis quamquamque disponens ultimam voluntatem fuerit testabilis, et capaces heredes instituerit, tale testamentum, seu quaevis alia cuiusunque ultima voluntas non sit, nec possit dici nullum, sive nulla, seu valeat annullari, dato quod personae quae de iure communi institui habeant praetereantur, sive exheredetur, vel de postumo, vel de postumis mentio nulla fiat”.

(232) FRANCISCO FERRER, op. cit., gl. 8, nn. 91 y ss. (fol. 201 vto.). A la misma solución, pero a través de invocar varios textos catalanes, llegó ARTURO CORBELLÀ (*Manual de Derecho Catalán* —Reus, 1906—, § 668, pp. 772 y ss.), de los que BORRELL I SOLER (*Dret Civil vigent a Catalunya*, vol. V-II, § 508, nota 1, ed. 1923, p. 434) opinó que no le daban base para tal solución.

(233) Cfr. COMES, op. cit., n. 1.141, ed. y vol. cits., pp. 46 y s.

(234) Inst. II, 18, § 6, 1; Dig. V-II, 25, pr.; Cod. V-XIII, única, § 14, y arg. C III-XXVIII, 35, § 2.^o

(235) Cfr. GUILLERMO M.^a BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña... y Exposición de las Instituciones del Derecho Civil del mismo territorio...*, Instit. cap. V, sec. única, § 1.^o (vol. I —Barcelona 1918—, p. 742), y BORRELL I SOLER (op. y vol. cits., § 508, p. 435).

(236) Cfr. FÉLIX M.^a DE FALGUERA, *Notas al “Tratado teórico práctico... de Comes, cap. y tit. cit., nota, pp. 231 y s., y GUILLERMO M.^a BROCA y JUAN AMELL, *Instituciones de Derecho Civil Catalán vigente*, § 58, vol. II —Barcelona, 1886—, p. 448.*

Es decir, que propiamente la preterición dejó de producir sus efectos en Derecho barcelonés.

Es de notar también que la doctrina desarrolló la distinción entre preterición errónea y preterición intencional. Pero de ella nos ocuparemos al tratar de los efectos de la preterición.

19. *Después de la vigencia de la Compilación.*

La vigente Compilación catalana ha unificado en esta materia el Derecho general y el particular, verificando una definición descriptiva de la preterición en su artículo 141, § 1.^o, que dice: “*Es preterido el legitimario cuando no ha sido mencionado en el testamento de su causante, sin que antes o después le haya éste otorgado donación en concepto de legítima o imputable a ella. También hay preterición cuando, a pesar de ser mencionado, no le haga el causante en el mismo testamento alguna atribución en concepto de legítima o imputable a ella, o no lo desherede, aunque sea injustamente*”.

De hecho hoy, en toda Cataluña, sólo la preterición errónea de hijos, o bien de descendientes legítimos que sean legitimarios por representación, si su representado, de haber vivido, hubiese podido ejercer la acción correspondiente, produce efectos peculiares distintos de la simple reclamación de la legítima (art. 141, §§ 2.^o y 3.^o), como luego veremos.

De la forma en que debe hacerse, en Derecho catalán, la mención de los descendientes para que no haya preterición se ha ocupado la citada S. de 4 mayo 1966, que al efecto ha considerado que “exigido por el Derecho romano, al que ha de acudirse para determinar cómo ha de ser mencionado el póstumo para no conceptualizarlo preterido, que tanto para instituir, como para desheredar, se requiere la designación nominativa de los herederos necesarios, esta exigencia comprende, de modo indudable, también a los *potumi sui* (Digesto, 28, 3. 3. 5), ya que al ser legitimarios del *pater familiæ*, en ellos concurre, aún acrecentada, la razón que justifica la necesidad de designar nominativamente al hijo que se deshereda, sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación de nombre, sino simplemente una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre cómo el designado *fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad*, sin que quepa una determinación *inter ceteros*, siempre requirente de suponer comprendido en ella lo que por no ser mencionado singularmente ni fue contemplado por el testador ni, por ende, señalado en la forma requerida por el Derecho”.

Y que: “... lo expuesto es bastante para estimar que en la fórmula “*en cuantas personas puedan acreditar y pretender legítima en sus bienes la que corresponde según la Ley*” no puede admitirse una mención que por si afirme que allí, en ese grupo de personas, se desehereda expresa y singularmente al hijo póstumo, la que emitida en la

forma prescrita por el Derecho, por constituir patente preterición del “*postumi sui*”, da lugar a la nulidad del testamento y consiguiente apertura de la sucesión intestada.

Sin embargo, en cuanto al valor que el uso de esta fórmula puede tener, debemos subdistinguir atendiendo a si al tiempo de emplearla los únicos presuntos legitimarios, entonces existentes, no fuesen hijos ni descendientes, sino ascendientes (supuesto de la sentencia), o bien fueran otros hijos ya nacidos, en cuyo segundo caso la expresión del testador pudo lógicamente extenderse por identidad de razón no sólo a éstos, sino también a los póstumos aún nacederos.

Así se resolvió por Cancer (237) en su dictamen acerca del testamento de Juan Codorniu, que sólo había instituido heredero al hijo mayor, sin hacer mención nominal de los otros tres, sino en la siguiente forma: “Item dimitto omnibus qui successionem praetendere, possint in bonis meis, centum libras cuilibet eorum”, su dictamen fue que estos hijos “nominatim censeretur eos nominasse, ex quo in dictis filiis poterat tantum haec dispositio verificari”, por lo cual la entendió “ac si ille expressim nominatus fuisset”. Criterio que, refiriéndolo a los póstumos, había sido también, al parecer, el de Peguera (238) cuando razonó, “quod sic saltem in genere iam cogitavit de liberis, quod sufficit ad hoc, ut ne posthumus qui postea nascitur dicatur ignoranter praeteritus”.

Solución perfectamente razonable, pues si quien teniendo hijos salva su legítima genéricamente puede entenderse que en la expresión hijos o legitimarios comprende a los póstumos, puesto que ya engloba hijos nacidos; y, en cambio, en quien no tuviese hijos al testar no parece que pueda suponerse que su referencia a los legitimarios comprendiera conscientemente también a los hijos nacederos.

20. *La preterición en Baleares, Aragón y Vizcaya.*

b) *En Baleares.*

Antes de la vigente Compilación regía la Novela CXV de Justiniano (239).

Hoy, la Compilación balear no regula la preterición, lo que significa la aplicación al respecto del artículo 814 C. c. (Disp. adicional 2.^a Comp.).

(237) CANCER, op. cit., Pars I, cap. IV, n. 51, vers. *Dubitatum hisce* (pág. 87).

(238) LUDOVICO A PEGUERA, *Decisiones Aureae*, cap. 110, n. 4 (ed. Barcinonae 1605, fol. 306).

(239) Cfr. MATÍAS MASCARÓ Y ALBERTY, *Derecho foral de Mallorca*, (3.^a ed., Palma, 1904), *Legítima*, pág. 163, y LUIS PASCUAL GONZÁLEZ, op. y cap. cits., sec. V, p. 216.

c) *En Aragón.*

Antes (n. 67) hemos visto el aspecto formal de la institución como heredero de uno de los legitimarios y la tendencia a la desaparición de este requisito.

De la preterición se ocupó, sin definirla, el Apéndice foral de Aragón en los cuatro primeros párrafos del artículo 32. De ellos resulta una distinción entre preterición de todos los herederos forzosos y preterición de uno solo. A preterición se contrapuso desheredación que no tuviese causa legítima. Pero no se señaló el lindero de su separación, tal vez por carecer de interés práctico dada la equiparación total de sus efectos.

La actual Compilación, en su artículo 122, define la *preterición total* como “*falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios*”. Su concepto parece, pues, que requiere no solamente la no atribución de cosa alguna, sino, además, la *falta de mención formal*. Y, en su artículo 123, que trata de la *preterición parcial*, la refiere individualmente a cada descendiente “*sin mediación de persona capaz de heredar*”, sin que pueda entenderse, pues, que varía en ese caso el concepto de *falta de mención formal*, tanto más cuanto que el artículo 120, § 1.º, señala como legítima formal el derecho de los “*descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, no favorecidas ya en vida del causante, igual o desigualmente, o que no lo resulten en la sucesión intestada*”, a “*ser nombrados o mencionados al menos, en el testamento que los excluye*”.

d) *En Vizcaya.*

El Fuero de Vizcaya, al permitir al padre o madre dejar toda su hacienda a uno solo de sus hijos, en la ley XI del Tít. XX, puso como requisito que lo hiciese “*apartando con algún tanto de tierra, poco o mucho, a los otros Hijos, e Hijas, y descendientes, aunque sean de legítimo matrimonio*”; igualmente para la donación a uno solo hijo u otro heredero de la casería con sus pertenecidos, la ley XIII del mismo título ordenó su validez: “*Con que intervenga apartamiento de los bienes rayzes con tierra a los otros profincos*”; y la ley VI del Tít. XXI, al regular la facultad de marido y mujer juntamente o por separado, de designar heredero dentro de cada uno de los grupos marcados por la ley, precisó que “*apartando a todos los otros con poco o mucho de tierra*”.

Así se estimó que el requisito de *apartar* dentro de cada grupo de parientes a los no instituidos o nombrados sucesores del caserío, era de carácter formal y que su falta significaba la preterición del omitido de ambas formas (240).

(240) Cfr. DIEGO ANGULO LAGUNA, *Derecho Privado de Vizcaya* (Madrid, 1903), cap. V, pp. 125 y ss.; JOSÉ DE SOLANO Y POLANCO, *Estudios Jurídicos del Fuero de Bizkaya* (Bilbao, 1918), cap. V, pp. 256; ANTONIO MAURA, *Dic-*

Y se planteó si se salvaba o no la preterición (241), habiendo bienes raíces, si se legaba alguna cantidad en metálico a los hijos a quienes no se dejase participación en ellos si no se les apartaba *con algo de tierra* (242); y si era necesario apartar no sólo en la institución, sino también en las mandas y legados a los no favorecidos (243).

Estos formalismos han quedado descartados por la Compilación vizcaína, que en los dos últimos párrafos de su artículo 23 distingue, respectivamente, el apartamiento de los hijos y descendientes legítimos y naturales y de los ascendientes (núms. 1.^º, 2.^º y 3.^º del art. 22) y el de los colaterales tronqueros (n. 4 del art. 22). Así dicen los §§ 2.^º y 3.^º del artículo 23:

“Los comprendidos en los números 1.^º, 2.^º y 3.^º de dicho artículo [art. 22] podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de la herencia.”

“El apartamiento de los comprendidos en el número 4.^º podrá ser expreso o tácito, considerándose tácitamente apartados aquellos a cuyo favor no se haga la institución.”

El artículo 30 añade que: *“Cuando la sucesión se defiera por capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación, al apartamiento deberá hacerse en la forma establecida en el artículo 23.”*

Así, para los descendientes y ascendientes no habrá preterición si de cualquier mención resulta claramente la voluntad del testador de separarlos de la herencia, mientras que de los colaterales tronqueros nunca es posible la preterición, puesto que el apartamiento se presume tácito (244) al no dejárseles nada.

támenes, vol. IV (1.^a ed., Madrid, 1930), dict. núm. 3, pp. 25 y ss.; FRANCISCO JAVIER DE ARCILLONA Y LANDESA, *Erróneas interpretaciones dadas a la jurisprudencia vizcaína por el Tribunal Supremo*, en An. Der. Civ. XII-II (abril-junio 1959), p. 676; JOSÉ MARÍA DE ESJAVIERRÍA, *El apartamiento en el Fuero y la Compilación del Derecho Civil de Vizcaya*, en “Estudios Deusto”, núm. 14 (julio-diciembre 1959), pp. 441 y ss.

(241) Aun cuando el Fuero no habla de apartar sino con *algo o algún tanto de tierra, poca o mucha*, las fórmulas usuales apartaban con “*un real de bellón, un palmo de tierra y una teja*” o con “*un real de bellón, un árbol, el más apartado e infructífero, y una teja*” (cfr. SOLANO, loc. cit., p. 256) y, en algunos testamentos, según se iba disponiendo de tierras, casas o de bienes muebles, relativamente a cada disposición, se apartaba a los no asignatarios con un palmo o un centímetro de tierra, una teja y un real o veinticinco céntimos, respectivamente (cfr. MAURA, dict. cit., pp. 22 y ss.).

(242) Entendieron que había preterición en estos casos, aunque las cantidades legadas fuesen “*por grandes y cuantiosas que ellas sean*”, “*si no ha existido apartamiento de tierra, poca o mucha*”. SOLANO Y POLANCO (op., cap. y pp. cits.), y ESJAVIERRÍA (loc. cit., pp. 429 y ss. y 441).

(243) Cfr. MAURA, dict. cit., pp. 22 y ss. ARCILLONA, (loc. cit., pp. 675 y ss.) y ESJAVIERRÍA (loc. cit., pp. 435 y ss.) habían entendido que era necesario el apartamiento en todas y cada una de las disposiciones, no bastando la verificada en la institución.

(244) Así lo ha entendido ESJAVIERRÍA, loc. cit., p. 451.

21. *La preterición en los Derechos forales sin legítima material.*e) *En Navarra.*

En el cap. 1.^o, tít. XX, Lib. III del Fuero General se lee que: *“Aquest sobredicto enfermo si deysare alguna creatura de pareylla o de barragana por obliido o por non querer que nol dio algo, et mucre el padre assi que non li dé, et si fuere la creatura de pareylla, debe prender una suert entegrament en las heredades que avran las creaturas de pareylla; et si fuere barragana con las creaturas de barragana deue heredar.”*

Y del cap. 5, tít. IV, Lib. II del Fuero General resulta que: *“El fijo que es en el vientre de su madre et non es nacido, et su padre es en hora de muert, et la madre es en cinta, et non diz al padre que desse algo a este fijo, el padre non sabe que eylla es en cinta et non leysa rem en que herede a este fijo, el padre non heredando, non deve heredar; ...”*

Es decir, que el Derecho navarro nos ofrece un ejemplo de cómo, en ausencia de legítima material, cabe que actúe la preterición a modo de legítima formal.

Las dos disposiciones transcritas vienen completadas por al cap. 12, tít. VI, Lib. II y el cap. 1, tít. IV, Lib. IV del Fuero General con referencia a los hijos naturales.

Como explica Lacarra (245), al desaparecer por la ley 16, tít. XIII, Lib. III de la Novísima Recopilación la legítima especial de los hijos de barragana —fijada en los bienes necesarios para constituir una vecindad e no más—, a falta de otra disposición legal, debe aplicarse el cap. 1, tít. IV, Lib. IV del Fuero, por el cual en caso de preterición hay paridad entre hijo natural e hijo legítimo.

En cambio, según el mismo autor (246), si bien nunca puede ser preterido el póstumo de matrimonio legítimo (247), en cambio, el nacimiento de un póstumo natural sólo puede dar lugar a los efectos de la preterición —conforme al cap. 5, tít. IV, Lib. II del Fuero General— si el padre supo que la madre estaba embarazada.

El hijo adulterino no tiene derecho a heredar, aunque sea preterido, como se deduce de los capítulos 9, 11 y 13, tít. III, Lib. IV del Fuero; ni tampoco el sacrílego, conforme la ley 5, tít. XIV, Lib. I de la Novísima Recopilación Navarra (248).

El Proyecto de Fuero Recopilado de 1959, en su Ley 235, se refiere en general a la preterición de algún heredero forzoso. Es decir —conforme la Ley 231—, de un hijo legítimo, legitimado, natural, reconocido o adoptado con adopción plena, o, en su defecto, de alguno de sus descendientes de grado más próximo (249).

(245) LACARRA, op. y vol. cits., arts. 806 a 820, pág. 194.

(246) LACARRA, loc. últ. cit., pp. 190 y-s.

(247) Cfr. S. 6 julio 1918.

(248) LACARRA, loc. últ. cit., p. 195.

(249) Concuerda la Ley 230 en rel. con la Ley 227 del Proyecto particular de 1967.

No hay preterición:

1.^º "Cuando el heredero forzoso no instituido hubiere sido favorecido en el mismo testamento, o en otro anterior o posterior, no derogado, con alguna disposición o legado, aunque fuera por sustitución, o hubiera sido dotado, anterior o posteriormente" (Ley 235, § 2.^º, Proy. 1959) (250).

2.^º Cuando se le hubiere dejado la legítima foral simbólica de los cinco sueldos febles y la robada de tierra (251).

3.^º Si hubiese sido desheredado legalmente (252).

4.^º Si hubiere renunciado a la herencia o premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima (253).

La ley 228 del Proyecto particular de 1967 prevé que "La institución en la legítima foral deberá hacerse nominativamente para los hijos y descendientes que en el momento de la disposición existan como herederos forzosos; para los demás, será suficiente la atribución colectiva." Y la nota de sus autores (254) indica que esta Ley recoge la práctica tradicional en cuanto a la forma de instituir en la legítima navarra.

f) *En la Tierra de Ayala.*

La libertad de testar reconocida en el capítulo XXVIII del Fuero de Ayala, según el uso y la costumbre de esa tierra, fue confirmada por la Carta de 7 de septiembre de 1487, aprobada por los Reyes Católicos el 30 de septiembre de 1489, expresándose como única limitación la forma de realizarlo "*apartando sus hijos e parientes con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieran*", limitación que recoge el artículo 62 de la Compilación de Vizcaya y Alava, aplicable sólo a la Tierra de Ayala, con estas palabras: "*siempre que aparten a sus herederos legales como quisieren o por bien tuvieran*".

(250) La Ley 229 del Proyecto particular de 1967 comienza diciendo: "No será necesario instituir en la legítima foral a los herederos forzosos cuando el disponente les haya atribuido cualquier liberalidad a título mortis causa, o les hubiere dotado...". Este criterio ha sido consagrado por la práctica navarra, como dicen en nota a esta ley los autores del propio Proyecto particular (p. 159).

(251) Precisamente el derecho de los herederos forzosos se concreta en Navarra a la legítima foral (cfr. José ALONSO, *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra*. Comentario a las Leyes del T. I del Lib. V —ed. Pamplona—, 1964, vol. I, pp. 313 y s.). Como dice la nota a la Ley 229 de los autores del Proyecto particular de 1967 (p. 159): "La legítima foral navarra tiene la finalidad de evitar la preterición de los herederos forzosos...".

(252) La Ley 229 del Proyecto particular de 1967 continúa: "... o desheredado legalmente...".

(253) El § 2.^º de la Ley 235 del Proyecto de 1959 concluye que no habrá preterición cuando "... o falleciera antes que éste [el testador] sin dejar descendencia también preterida". Y la Ley 229 del Proyecto particular de 1967 concluye: "o ellos hubieran renunciado a la herencia de aquél, o le hubieren premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima".

(254) Nota a la Ley 228 del Proyecto particular de 1967, p. 159.

Como en Navarra, pues, en Ayala concurre la total ausencia de legítima material con una rigurosa legítima formal.

“Si el testador —dice Uriarte Lebario (255)— dispusiese de sus bienes sin apartar ni instituir a alguno de sus herederos forzosos, éste deberá considerarse como preterido”... “El Fuero de Ayala reconoce la libertad de testar siempre que, si deja de instituirseles herederos, se les aparte con poco o mucho a los “fíos y parientes”, o sea a los herederos forzosos, y si no se hace una cosa u otra, la libertad de testar no existe...”

No hay preterición, sin embargo, del heredero forzoso a quien ya se le hubiese separado al hacerle una donación. “En algunas donaciones ayalesas —explica el mismo Uriarte (256)— en que no se transmite la totalidad de la fortuna del donante, es costumbre apartar de la herencia de éste con lo recibido al donatario, si es heredero forzoso; en tal caso, el apartamiento equivale a señalar al donatario como su legítima los bienes donados...”.

La fórmula genérica que abarca *inter ceteros*, apartándolos con cualquier cosa real o simbólica, a *fíos y parientes* es la usual, y suficiente para que no haya preterición y abarca a todos los herederos forzosos (257).

III. EFECTOS DE LA PRETERICION

A) *Introducción histórica.*

22. *En el Derecho romano y en el Derecho común.*

Los efectos de la preterición fueron muy diversos en el decurso del Derecho romano, tanto en los distintos períodos histórico-jurídicos, como según la variedad de los supuestos cuestionados. Así:

En el *Ius civile* la preterición de los hijos bajo la potestad del testador daba lugar al *ius dicendi nullum* del testamento y a la consiguiente apertura de la sucesión intestada; y la preterición de las hijas y nietas bajo la potestad del testador no producía la nulidad del testamento sino la *in partem ad crescere* en virtud de la cual los preteridos recibían la parte alícuota de lo que abintestato les correspondería de lo atribuido a los demás *sui* instituidos y la mitad de las cuotas a que hubiesen sido llamados los otros instituidos que no fueran *sui*, o sea, los *extranei*. La preterición de los *postumi sui iam concepti*, al otorgarse el testamento, cualquiera que fuese su sexo, daba lugar a la ruptura del testamento (*agnatione postumi rumpitur testamentum*) (258).

(255) LUIS MARÍA URIARTE LEBARIO, *El Fuero de Ayala* (Madrid, 1912), cap. V, p. 130.

(256) URIARTE LEBARIO, op. y cap. cits., pp. 130 y s.

(257) Cfr. URIARTE, loc. cit., pp. 129 y s.

(258) Cfr. FRITZ SCHULZ, op. cit., nn. 460 y ss., pp. 254 y ss.

En el *Ius praetorium* también debían distinguirse diversos supuestos. En la *praeteritio de los liberi* que, por ser hijos *in potestate* anulaba el testamento conforme el *ius civile*, el pretor otorgaba la *bonorum possessio ab intestato unde liberi*. En la *praeteritio*, que no daba lugar a la nulidad del testamento según el *ius civile*, es decir, la de hijas o nietos bajo potestad del testador e igualmente en la de los *liberi* que no fueran *sui* (específicamente de los emancipados), se otorgaba, previa la postulación necesaria al efecto en el breve plazo de un año, la *bonorum possessio contra tabulas*, de la cual se excluían totalmente los *heres scripti* que no fuesen *liberi* y se conferían las porciones propias de la *bonorum possessio unde liberi*, incluso a los no preteridos que podían beneficiarse así con la *commisso per allium edicto*, pero aplicando a todos las normas de la *collatio bonorum* y la *collatio dotis*; y manteniéndose por el pretor, en cláusula especial del edicto, la validez de los legados dispuestos por el testador a favor de sus próximos parientes, como su mujer o su nuera (259). En ese supuesto de preterición de los *liberi* que no fueran hijos varones *sui*, no se producía una total nulidad del testamento, sino que la institución de los *liberi* no preteridos y los legados a su favor se mantenían firmes hasta el montante de su cuota viril, se sostenía la validez de las desheredaciones, sustituciones pupilares y de los indicados legados no inoficiosos a favor de los ascendientes y descendientes cognados, de la viuda o de una nuera (260).

La preterición verificada por la madre no daba lugar ni al *ius dicendi nullum* ni a la *bonorum possessio contra tabulas*, y, únicamente si además infringía el *officium pietatis*, podía dar lugar al ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti* (261).

Respecto al Derecho romano novísimo, de la Novela CXV de Justiniano, no han estado de acuerdo los romanistas acerca de los efectos de la preterición. Se ha discutido si esta Novela dejó vigente el *ius dicendi nullum* de los hijos varones *sui* preteridos y la *bonorum possessio contra tabulas* de los demás *liberi* preteridos por el padre, con sus efectos característicos, aplicándose sólo la Novela CXV a los demás supuestos de preterición (de los descendientes en potestad de otro, de los ascendientes y la producida en el testamento de la madre), y se ha examinado si conforme a dicha Novela la preterición producía una impugnabilidad por el medio de la *querella inofficiosi testamenti*, o bien la nulidad de la institución, por lo menos si el heredero necesario preterido sobreviviere al testador y ejercitare su derecho, o si, en fin, se daba lugar a un sistema mixto según hubiera expresado o no el testador alguna causa para la exclusión del heredero forzoso (262).

(259) Cfr. SCHULZ, op. cit., nn. 468 a 472, pp. 258 y ss.

(260) Cfr. también B. WINDSCHEID, op. y vers. italiana cit., § 577, n. 4 (vol III, p. 247), y P. JÖRS y W. KUNKEL, op. cit., § 208, n. 2 (p. 464).

(261) Cfr. SCHULZ, op. cit., n. 469, 3, al final (p. 259), y n. 479 (p. 264).

(262) Cfr. WINDSCHEID, op. y vol. cits., § 592, pp. 288 y s., y § 591, pp. 283 y ss.

Pero según Windscheid (263), y su opinión ha sido la preponderante entre los romanistas modernos (264), parece que Justiniano equiparó en sus efectos la exclusión de la institución de heredero y la privación de la legítima, equiparando en todos los casos la ofensa, dando un nuevo asiento más amplio a la *querella inofficiosa testamenti*, aunque limitando sus efectos a la rescisión de la institución sin afectar al restante contenido del testamento (265). Ya que no parece verosímil que en la intención del Emperador cupiera que, en los supuestos en que no hubiera inoficiosa, pero en los cuales no se hubiese instituido a un hijo en potestad al cual se le hubiese beneficiado con un legado, este hijo pudiera invocar una nulidad más extensa que en el caso en que el testador le hubiera excluido injustificadamente de todo el contenido material de la institución de heredero mediante una desheredación verificada invocando una causa no justa o no verdadera (266).

Criterio literalmente contenido en la *Authentica "Ex causa"* (Cod. VI-XXVIII) que resume: "Es causa exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones, cetera namque firma permanent".

Entre las opiniones intermedias, interesa especialmente la que distinguió entre preterición de hijos vivos y preterición de póstumos, a través de la que se comenzó a estructurar la distinción entre preterición errónea y preterición intencional. La cuestión se planteó al contraponer la *Authentica "Ex causa"* a las leyes "Si quis testamento", tit. *De legatis* 2 del Digesto (Dig. XXXI-único, 81) y 1 tit. *De posthumis* del Codex (Cod. VI-XXIX, 1). Bartolo (267), al comentar dicha *Authentica* expuso las opiniones encontradas de Azón y Placentino, inclinándose por la de aquél, que en cuanto a los póstumos había considerado vigente el Derecho antiguo de dichas leyes y tan sólo aplicable a la preterición de hijos nacidos el Derecho novísimo de la *Authentica*. Las razones principales de esta tesis eran que la *Authentica "Ex causa"* no menciona los póstumos; que si las donaciones inter vivos podían rescindirse por sobreveniencia de hijos en los que el testador no hubiese pensado, mucho más debían quedar

(263) WINDSCHEID, § 591, (pp. 285 y ss.) y § 592 (p. 288 *in fine* y s.).

(264) Cfr. JÖRS y KUNKEL, op. cit., § 210, n. 2 y nota 4 (p. 468).

(265) La Novela CXV, cap. III, § 14, vers. penúltimo, dispuso que "Si tamen contigerit in quibusdem talibus testamentis quodam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationis relinqu, vel qualibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint dera-
licita, et tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum." En igual sentido se expresó respecto a los ascendientes en su cap. IV, § 9, vers. *Si autem*. Hace notar WINDSCHEID (op. y vol. cits., § 591, p. 287) que deben exceptuarse de la validez los legados dispuestos a favor del heredero forzoso impugnante (acerca de esta cuestión cfr. nuestro trabajo *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, I, A, a, B, en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. III, vol. I, Madrid, 1964, pp. 437 y ss.).

(266) WINDSCHEID, § 592, nota 7 (pp. 289 y s.).

(267) BARTOLUS a SAXOFERRATO, *In Secundam Codicis Partem...*, Lib. VI, Tit. *De liber. præter. et exhereditatis* XXVIII, *Authentica "Ex causa"*, n. 6 (cfr. ed. Venetiis, 1585, fol. 25.).

írritos los legados en igual caso; que la voluntad del testador, que no teniendo hijos hiciera un importante legado (*magna legata*) a sus hermanos, no es verosímil que la hubiese mantenido si hubiese previsto tener hijos. Observa Bartolo la diferencia de ésta con la preterición de hijos nacidos, "quia in eis non est defectus voluntatis, hic secus".

El propio Bartolo (268) formuló la distinción entre preterición *facta sciente* y la hecha *ab ignorantie*, asimilando aquélla a la desheredación *largo modo sumpta*. Formulación que nos parece de tal interés que vamos a transcribirla literalmente:

"... *triplex est exheredatio. Una largissima, quando verbis testamenti ad hereditatem non admittitur licet expresse non excludatur, neque tacite, suam voluntatem Quiquamque large assumitur, ut quando non excluditur expresse suam verba sed tacitam suam voluntatem. Quiquamque sumitur stricte, et proprie, exheredatio, ut quando expresse excludit suam verba et suam voluntatem. Nunc ad quaestionem propositam dico quod haec authentica habet locum in exheredationem largo modo sumpta, non dico larguissime. Et sic distingue, aut filius est praeteritus a testatore sciente, et habet locum haec authenticam quia testamentum rumpitur quantum ad heredis institutionem cetera firma remanent. Aut est praeteritus a testatore ignoranter, et tunc iuræ antiqua remanent incorrecta, quia testamentum nullo iure valebit*".

23. En el Derecho de Castilla.—Las Partidas y la interpretación del Derecho Común.

La opinión favorable a la persistencia del viejo *ius dicendi nullum* después de la Novela CXV, que había predominado entre la glosa (269), tuvo amplio reflejo en el Derecho de Castilla.

Así, la ley 1 del tít. VIII de la 6.^a Partida, según vimos (270), distinguió la "desheredación a tuerto" que daba lugar a la "querella" "para quebrantar el testamento", y el supuesto de preterición, porque el testador "no fisiessc emiente en el testamento de aquel que auia derecho a heredar, heredándolo nin desheréndolo", supuesto en que el testamento "non se quebrantaría; pero non vale nin es nada", "pues que non deue valer, non se puede quebrantar".

También hemos visto como algunos autores castellanos distinguieron las hipótesis del *ius dicendi nullum*, la *bonorum possessio contra tabulas* y de la *querela inofficiosi testamenti* (271).

Antonio Gómez (272) expuso las diferencias entre los efectos del *ius dicendi nullum* y de la *querela inofficiosi testamenti*: 1.^o Por la duración respectiva de cada acción; treinta años aquélla y un quinque-

(268) BARTOLO, Auth. cit., nn. 3 *infine* y 4 (vol. cit., fol. 24 vto.).

(269) Cfr. *supra*, n. 8, nota 79.

(270) Cfr. *supra*, n. 9.

(271) Cfr. *supra*, n. 9, nota 81 y su texto correspondiente.

(272) ANTONIO GÓMEZ. *Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii*, Lib. I, cap. XI, n. 4 (cfr. ed. nova Lugduni, 1701, p. 136).

nio la segunda. 2.^o La posibilidad de que el Juez estimase de oficio la nulidad, pero no la inoficiosidad. 3.^o La posibilidad del preterido de aceptar la sucesión intestada y ejercitar la *actio petitio hereditatis*, como tal heredero abintestato, contra cualquier poseedor. 4.^o En el supuesto de premoriencia del hijo preterido la nulidad civil no se subsanaba, mientras que sí se subsanaba el defecto en el *ius praetorium* —de modo que no se daba la *bonorum possessio contra tabulas*— y también convalecía el vicio de inoficiosidad, por lo cual no había lugar la *querella*. También notó que el hijo preterido transmitía *iure sanguinis* a los descendientes, pero nunca a los ascendientes (274); que la aprobación del testamento por el hijo preterido no excluía el *ius dicendi nullum* en perjuicio de los demás herederos abintestato instituidos en el testamento en porción menor, los cuales podían “*pro iure suo dicere testamentum nullum*”, mientras que en el caso de desheredación injusta la aprobación del testamento por el hijo lesionado lo convalidaba frente a todos (275). Y enumeró que el hijo preterido podía ejercitar el *ius dicendi nullum* de tres modos: por interposición de la acción, por vía de excepción, y por réplica en caso de pedir la herencia *ab intestato* o ejercitar la *petitio hereditatis* y oponerse a su petición el heredero instituido en el testamento viciado de preterición (276).

No obstante no faltaron autores que, con argumentos de Derecho común, sostuvieron el criterio de que la renuncia del hijo preterido a ejercitar su acción, o bien su aprobación del testamento, surtían efecto incluso si la nulidad del testamento hubiera beneficiado a hijos no preteridos (277). Y se afirmó que no sólo era necesario que se pidiera y declarara “*ruptum vel irritum*”, el testamento por causa de preterición, sino que si había transacción entre el *praeteritum* y el *scriptum heredem*, el testamento no se rompía y permanecía válido (278).

Algunos autores ampliaron los supuestos del *ius civile* de nulidad del testamento por causa de preterición, extendiéndola a los supuestos de preterición inferida en el testamento de la madre (279), y los de la nulidad total incluyendo en ella el supuesto de desheredación del hijo emancipado (280). Y en caso de preterición de póstumos hubo quien distinguió según nacieran y murieran antes de fallecer el padre, nacieran antes y fallecieran después, o nacieran y fallecieran después; aseverando que en el primer caso el testamento reconvalece, en el

(273) GÓMEZ, cap. cit., n. 8, p. 138.

(274) GÓMEZ, cap. cit., n. 17, vers. *Item quaero*, p. 142.

(275) GÓMEZ, cap. cit., n. 6 (pp. 137 y ss.).

(276) GÓMEZ, n. 7, p. 138.

(277) Cfr. JERÓNIMO DE CEVALLOS, *Speculum Practicorum et Variarum Quaestionum Communium contra Communies*, Quaest. 21 (cfr. ed. Toleti 1599, pág. 79).

(278) DIEGO CASTILLO, *Las leyes de Toro glosadas- Utilis et aurea glossa*, lex XXIV, n. 5 (cfr. ed. Metymnae Campi 1553, fol. 114 vto.).

(279) Cfr. *supra*, n. 9, nota 82.

(280) Cfr. *supra*, n. 9, nota 83.

segundo el testamento permanece nulo, y en el tercero el testamento queda irrito (*rumpatur testamentum*) (281).

24. *Tendencia del Derecho Real de Castilla a atenuar los efectos de la preterición.*

Pero contra esta posición fue tomando cuerpo la que se apoyó en la ley 1, tít. II del Ordenamiento de Alcalá (1.^a del tít. IV, Lib. V de la Nueva Recopilación y del tít. XVIII, lib. X de la Novísima) y en la ley de 24 de Toro (8.^a del tít. VI, lib. V de la Nueva Recopilación y del tít. VI, lib. X de la Novísima) que hizo equivalentes los efectos de la preterición y los de la desheredación injusta, aplicando a ambas la rescisión de la institución de herederos y sosteniendo siempre la validez de las demás disposiciones del testamento en cuanto no fueren inoficiosas.

La ley del Ordenamiento mandó que el testamento hecho en la forma ordenada “*valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquél que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso de que el testador no hiciere testamento y cumplose el testamento...*” Disposición que inclinó a muchos juristas a estimar válido el testamento aun en caso de preterición, por lo menos si no se hubiese instituido a un extraño, y aun en este caso, si se hubiese puesto o pudiere presuponerse puesta la cláusula *omni meliori modo* (282).

Y la ley 24 de Toro previno que: “*Cuando el testamento se rompiere o anulare por causa de preterición o exheredación en la cual ouiere mejoría de tercio o quinto, no por eso se rompa; ni deje de valer el dicho tercio é quinto, como si el dicho testamento se rompiesse*”. Texto que equiparó totalmente la preterición y la desheredación injusta, hablando indistintamente de ambas y cruzando los términos *rompiere y anulare*, sin aludir a nulidad inicial alguna. Así, en el siglo pasado, Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre (283) anotaron que esta ley “en ese lugar y caso hace sinónimas las palabras romper y anular”.

Y ambos autores añadieron: “No puede negarse que esta doctrina es más cómoda y sencilla y que evita otras muchas discusiones. La inobservancia de las formalidades externas hacía totalmente nulo el testamento entre los romanos y lo hace todavía entre nosotros, pero aquellos conocían además solemnidades internas cuya omisión inducía a la misma absoluta nulidad; tales eran la institución de heredero, común a todos los testadores, y la particular de los ascendientes que

(281) GÓMEZ, cap. cit., n. 4, p. 136.

(282) Cfr. *supra*, n. 9.

(283) FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escrivanos*, Lib. I, Tít. IX, sec. IV, adición al n. 1.138 (cfr. ed. Madrid, 1852, t. I, p. 348).

tenían herederos conocidos con el nombre de suyos, de haberlos de instituir y desheredar..." "Esta segunda solemnidad interna era muy dudosa en cuanto al efecto de inducir la nulidad, aun por las mismas leyes de Partidas, en el día nos parece que no debe serlo ya por la mencionada ley 1 (tít. 18, lib. 10, Nov. Recopil., que es la del Ordenamiento de Alcalá), ya por la 8, tít. 6, lib. 10 (que es la 24 de Toro), y ya porque el espíritu de todas las leyes recopiladas tiende a desembarazar nuestra legislación de las sutilidades, más o menos plausibles, que las de las Partidas habían copiado servilmente de las romanas".

Este criterio fue el que prevaleció en el Proyecto de 1851, que señaló iguales efectos a la preterición, en su artículo 644, y a la desheredación injusta, en su artículo 669; pues respectivamente disponían que la preterición "anula la institución de herederos, pero valdrán las mandas y legados en cuanto no sean inoficiosas", y que la desheredación injusta "anula la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima". Criterio que García Goyena (284) razonó explicando que en realidad era el de la ley 24 de Toro y el de la *Authentica "Ex causa"* que equiparaban la preterición y la desheredación en cuanto sus efectos. Equiparación que se mantuvo en el Anteproyecto de 1882-1888, casi con las mismas palabras, respectivamente en los artículos 799 y 837, salvo la sustitución en ambos del presente de indicativo "anula" por el futuro imperfecto de indicativo "anulará" y en el segundo artículo de "las mandas y mejoras" por "los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias" (285).

Otra innovación, en cuanto a los efectos de la preterición fue propuesta en el § 2.º del mismo artículo 644 del Proyecto de 1851, al incluir entre los supuestos de ineficacia de la preterición todos los casos de premoriencia del preterido (286): "Si los herederos forzados preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto" (287).

25. *Efectos del empleo de la cláusula codicilar y del "testamentum inter liberos".*

Sin embargo, el Derecho legislado de la ley 24 de Toro había sido superado en la práctica por el empleo de la cláusula codicilar y

(284) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español* (Madrid, 1852), vol. III, art. 644, pp. 94 y ss., y art. 669, pp. 112 y ss.

(285) Cfr. en su ed. anotada y concordada por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, pp. 246 y ss., y 256 y ss.

(286) FL. GARCÍA GOYENA (op. y vol. cits., art. 644, pp. 95 *in fine* y s. glosó que: "Por Derecho Romano éste sólo regía en el cuasi póstumo, o hijo nacido después de hecho el testamento, y que moría en vida del testador; no en el que vivía al hacerse el testamento ni en el verdadero póstumo..."

(287) La misma redacción fue mantenida en el § 2.º ed art. 799 del Anteproyecto de 1882-1888.

por la doctrina que estimó con valor codicilar e, incluso, con cláusula sobreentendida *valere omni meliori modo quod possit*, todo testamento otorgado a favor de los hijos. (288).

a) Por virtud de la cláusula codicilar, puesta en el testamento que por causa de preterición o de desheredación injusta fuese anulado por el *ius dicendi nullum* o irrito por la *querella*, la institución, incluso la hecha a favor de un extraño, se convertía en fideicomiso, de modo que los hijos o descendientes preteridos o desheredados que sucedían *ab intestato* debían restituir la herencia, después de detraer su legítima, al extraño instituido y, por tanto, en Castilla debían entregarle el quinto (289). Salvo en los supuestos de preterición errónea, por resultar vivo el hijo reputado por muerto o por nacer después algún hijo (290).

b) Antonio Gómez (291), advirtiendo “quia semper in testamento condito inter liberos censemur tacita apposite clausula codicillaris, quo facit actum valere omni meliori modo quod possit” (292). Covarruvias (293), sobreentendiendo en esos testamentos la “valere omni meliori modo quod possit” y Matienzo (294), estimando equivalentes ambas cláusulas, aplicaron el mismo criterio al testamento hecho en favor de los hijos, de modo que salvadas las legítimas el exceso de la institución invalidada debía ser entregado por vía de fideicomiso y en concepto de mejora al instituido en dicho exceso. El último de los citados autores advirtió que “haec clausula hoc in Regno semper apponi solet in testamentis quaere et si in aliquo apposita non fuerit, per legem suppletur, et censemur apposita”.

Pero este resultado no ha sido recogido en el Código civil para aplicarlo a la preterición, sino únicamente para aplicarlo en todo caso a la desheredación injusta, en el artículo 851 (295), con lo cual han vuelto a ser separados los efectos de ambas instituciones.

(288) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho Sucesorio*, I parte, 5.º, ed. sep., pp. 57 y ss. y A. D. C. IV-II, abril-junio 1951, pp. 473 y ss.

(289) Cfr. ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri*, lex III, n.º 79, en rel. 75 (cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 17 y s.); LUIS DE MOLINA S. I., *De Iustitia et Iure*, Trat. II, Disput. CXXXII, n.º 7 (cfr. ed. novissima Colloniae Allobrogum 1733, T. II, p. 276); JUAN YÁÑEZ PARLADORIO (*Quotidianarum Differentiarum*, diff. CXLVIII, n.º 8, cfr. en *Opera Iuridica*, ed. Colloniae Allobrogum 1761, p. 389).

(290) Cfr. *supra*, n.º 22, e *infra*, n.º 31.

(291) ANTONIO GÓMEZ, *Opus... super legibus Tauri*, lex III, 86, párr. 1.º (fol. 18 y s.) y lex XXIV, n.º 3 *in fine* (fol. 90 y s.). En el mismo sentido LUIS DE MOLINA S. I. (Disp. cit. n.º 4).

(292) El apoyo legal de esta presuposición lo halla la glosa y lo fue por los autores de Derecho común en la ley Coheredis, tit. Cum filiae (Dig. XXVIII-VI, § 2) (cfr. A. GÓMEZ, lex. III, nn. 62, 64, 65 y 75, fol. 16 y ss.).

(293) DIEGO COVARRUVIAS DE LEYVA, *In tit. de testamentis interpretatio*, cap. *Raynutius* 16, § 1.º, nn. 4 y 8 (cfr. *Opera Omnia*, ed. Lugduni, 1584, p. 71).

(294) JUAN MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectionem legum Hispanae*, tit. IV, lex I, gl. 10, n.º 51 (cfr. ed. Mantuae Carpetanae, 1580, fol. 81).

(295) Cfr. *Apuntes...*, loc. últ. cit., pp. 58 y ss.

B) *Efectos de la preterición conforme al Código civil.*26. *Problemas que plantea el artículo 814.*

El artículo 814 del Código civil siguió, tanto en su primera redacción como en la modificada por la Ley de 24 abril 1958, el mismo criterio de sus expresados antecedentes, los artículos 799 del Anteproyecto de 1882-1888 y artículo 644 del Proyecto de 1851, respecto a los efectos de la preterición. La redacción, literalmente igual a la del Anteproyecto, en los incisos relativos a sus efectos, dice que: la preterición “*anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas*” (tesis del § 1.º), pero que si los preteridos “*mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*” (hipótesis y tesis del § 2.º).

Sin embargo, quedan varias preguntas por formular.

La afirmación del artículo 814 de que la preterición “anulará la institución de heredero”, ¿significa un supuesto de nulidad, o de anulabilidad, o expresa vulgarmente un supuesto técnicamente calificable de rescisión?, ¿quién puede pedir esa ineficacia? ¿es ésta sanable?, ¿cuál es el plazo de prescripción de la acción para reclamarla?

Los efectos invalidatorios —limitados, según el art. 814, a afectar la institución—, ¿pueden extenderse en supuesto de error hasta producir la invalidación total del testamento a tenor del artículo 673 Código civil?

Comenzaremos por estudiar la primera cuestión.

Manresa (296), después de conjugar el verbo anular, afirmó que: “Para pedir la anulación corresponde al heredero preterido una acción que siempre se ha llamado querella de inoficioso testamento”. Aunque, a seguido, se contradiga al fijar —como veremos— su plazo de prescripción.

Sánchez Román (297) habló de “la anulación o nulidad de la institución de heredero por preterición”, sin hacer más aclaraciones acerca del cuál fuese la naturaleza de la acción correspondiente, así como en general la doctrina y la jurisprudencia que emplean el verbo *anular*, el substantivo *nulidad* y el adjetivo *nulo* (298).

Alfonso Cruz Auñón (299) ha opinado que “el artículo 814, más que definir un acto radicalmente nulo, concede un derecho de impugnación a los herederos”.

(296) MANRESA, *Comentarios...*, cit., vol. VI, art. 814, *Coment.* 2.º (cfr. 6.ª ed. Madrid, 1932, pág. 354). En el mismo sentido cfr. LÓPEZ R. GÓMEZ, op. cit. y vol. cits., cap. XVIII, art. 2.º, n.º 12, p. 619) y RAFAEL RAMOS BASCUÑA, *De las sucesiones*, t. II —Madrid, 1898—, cap. XXIX, n.º 4, p. 29).

(297) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI-2.º, cap. XVI, n.º 35, p. 1140.

(298) Exceptuamos a CÁMARA ALVAREZ y a GARCÍA-BERNARDO, que como veremos luego —cfr. *infra*, n.º 29—, han aplicado la prescripción de la acción de nulidad propiamente dicha a la preterición.

(299) ALFONSO CRUZ AUÑÓN, *Un caso frecuente de preterición*, en *Anales Ac. Matr. del Notariado*, vol. III, p. 538.

La referencia a la querella del primero y el juicio del tercero de los autores citados coinciden con los antecedentes históricos de la institución, en el momento de su evolución caracterizado por la absorción del *ius dicendi nullum* y de la *bonorum possessio contra tabulas* por la *querella inofficiosi testamenti*; por la consideración de que el vicio de que tratamos es sanable y no produce una nulidad absoluta ni automática, por lo cual la acción de impugnación a que da lugar más parece ser de rescisión que de anulabilidad o anulación (300).

Pero para precisar esta cuestión conviene examinar, como cuestiones singulares, aquellos supuestos en los cuales el vicio queda sanado y para mejor contemplar la faz de la correspondiente acción de impugnación es preciso determinar cuáles son las personas que pueden ejercitarla.

27. *Supuestos en los cuales los efectos de la preterición son sanables. Renuncia de los preteridos.*

La preterición es un vicio del testamento. Debido bien sea a una omisión, o bien a la falta de previsión por el testador de la posibilidad de una ulterior entrada como herederos forzados de algunas personas que no hubieran ostentado esa cualidad en la fecha del otorgamiento del testamento.

Pero ese defecto puede sanarse:

1.º) “Si —conforme al mismo art. 814, § 3.º— los herederos forzados preteridos mueren antes que el testador” (301).

2.º) Si el heredero forzoso preterido fuere indigno de suceder al testador (302) y éste, sabiéndolo, no se lo remitiere de acuerdo con el artículo 757 del Código civil.

3.º) Si los preteridos, teniendo capacidad suficiente al respecto, hubieran renunciado a ejercitar su acción de impugnación o hubiesen transigido con los instituidos herederos.

Acerca de esta tercera posibilidad sanatoria conviene examinar la jurisprudencia, pero cuidando de discernir tres cuestiones diversas:

a) La innecesidad de que se declare judicialmente la nulidad de la institución y de que se dicte la declaración de herederos *ab intestato*, si los herederos designados y los preteridos se distribuyen la herencia conforme a las reglas de la sucesión intestada. Así lo ha declarado la Dirección General de los Registros en RR. de 20 mayo 1898 (303),

(300) Cfr. nuestras *Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, n. 17, a), en An. Dr. Civ. XVIII-I —enero-marzo, 1965— pp. 61 y ss.

(301) Cfr. *supra*, n. 16, a).

(302) Cfr. *supra*, n. 16, d) *in fine*.

(303) En el supuesto que motivó la Res. de 20 de mayo de 1898, había preterición de dos póstumos; pero, como dice en su 4.º considerando, las operaciones divisorias fueron practicadas partiendo no de la validez de la institu-

30 junio 1910 (304), 31 enero 1913 (305) y 10 mayo 1950 (306), para casos en los cuales unánimemente todos los herederos instituidos y preteridos, siendo mayores de edad, reconocieron a los *preteridos* el

ción hereditaria, sino de la nulidad de la misma, toda vez que los supuestos hijos preteridos, lejos de haber sido excluidos de la sucesión, han concurrido al otorgamiento de aquellas operaciones, debidamente representados por su defensor en unión de los herederos expresamente instituidos, reconociéndoles los mismos derechos que a éstos y respetándose los legados hechos por la testadora, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo 814.

(304) Preteridos tres hijos naturales e instituidos herederos los ocho legítimos, la R. de 30 de junio de 1910 consideró que cuando los herederos instituidos “reconocen el derecho de los herederos preteridos, y de acuerdo con éstos se adjudica a los mismos la porción que legítimamente les corresponde, no cabe rechazar, desde luego, la participación en esta forma efectuada...”, y que en las operaciones en cuestión, practicadas por los contadores nombrados en el testamento “con la concurrencia e intervención de los hijos legítimos de éste, instituidos herederos en su testamento, y de los representantes de los hijos naturales del mismo, se ha reconocido a éstos su parte legitimaria que les corresponde, con arreglo a lo previsto en los artículos 807 y 840 del repetido Cuerpo legal, a pesar de no haber sido llamados a la herencia en dicho testamento, haciéndoles la consiguiente adjudicación de bienes, con lo cual se ha subsanado el vicio de que adolecía la expresada disposición testamentaria, no es procedente la negativa de inscripción fundada en la nulidad de ésta, como se consigna en la nota del Registrador, sin que pueda admitirse el aserto de que no existe título de transmisión para los efectos hipotecarios, puesto que lo es el testamento para los herederos instituidos por el causante, y respecto a los no llamados, lo es también la escritura de adjudicación, en la que, con la conformidad de aquéllos, se transmite a éstos la porción hereditaria a que tienen derecho con arreglo a los citados preceptos legales”.

(305) En un testamento otorgado ante Párroco, el causante había instituido por única y universal heredera a su esposa, quien, una vez fallecido el testador, otorgó la partición hereditaria, obrando por sí y en representación de sus hijos menores y con el concurso de su otra hija mayor de edad, y, en la escritura pública en que la formalizó, la viuda renunció a todo el patrimonio hereditario en favor de todos los hijos, y, además, tanto la hija mayor como la viuda, representando a los menores, renunciaron “a todas cuantas acciones pudieran corresponderles como legitimarios preteridos en el referido testamento, imponiéndose silencio y callamiento perpetuos”. La Resolución de 31 de enero de 1931, reiteró en su primer considerando la doctrina de la Resolución de 30 de junio de 1910, y, en el segundo, consignó que con la renuncia de la viuda a todos los derechos que le otorgaba el testamento, quedaba “sin efecto el vicio esencial de que aquél [el testamento] adolecía, y reconocidos los derechos legitimarios que en la herencia paterna correspondían a sus citados hijos”. Pero, en su 3.^{er} considerando, estimó “que, esto no obstante, como quiera que en dicha escritura han sido representados los expresados menores por su dicha madre y no por un defensor judicial, como debían serlo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil, por la incompatibilidad de derechos e intereses que puede haber entre éstos y aquéllos, toda vez que por parte de los mismos se hace también renuncia de cuantos derechos pudieran corresponderles en la herencia de su padre, imponiéndose silencio y callamiento perpétuos, y como además debe someterse la escritura a la aprobación judicial..., existen dos defectos que impiden que sea inscrita, mientras no sean debidamente subsanados”.

(306) Habían sido instituidos herederos cuatro hijos, de los que dos pre-murieron, dejando el uno cuatro hijos y la otra una hija. Las dos hijas supérvivientes y los cinco nietos, todos mayores de edad, se adjudicaron la herencia, los hijos por cabezas y los nietos por estirpes, guardándose igualdad entre cada estirpe. La Resolución de 10 de mayo de 1950, en su considerando 5.^o,

mismo *derecho* que en caso de declaración judicial de nulidad de la institución, les hubiese correspondido. Si bien la R. de 14 agosto 1959 (307), en su último considerando, precisa que “no es menos cierto que para lograr tan saludable efecto [de evitar la impugnación judicial por acuerdo unánime de los interesados] ha de ser formalmente expreso el convenio de los herederos, sin que por la sola falta de impugnación haya de presumirse tal reconocimiento y deba considerarse inscribible la partición defectuosa hecha por el contador al no ajustarse a la ley...”.

b) La posibilidad de que, en base al artículo 1.059 del Código civil, los interesados en una sucesión puedan prescindir de las disposiciones testamentarias y distribuirse los bienes conforme convengan, ha sido aplicada a supuestos de preterición por las RR. de 30 junio 1910 (308), 10 mayo 1950 (309) y 14 agosto 1959 (310); para lo cual

declaró: “que según la jurisprudencia hipotecaria, concordante con la civil, contenida en las Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910 y 31 de enero de 1913, son inscribibles las operaciones divisorias en que los instituidos herederos reconocan a los descendientes preteridos el mismo derecho que si, por declaración judicial de nulidad de la institución, se hubiese abierto total o parcialmente la sucesión intestada, con lo cual se subsana lógicamente por hijos y nietos la imprevisión o descuido del testador, se acata e interpreta razonablemente la intención presunta de éste, no se vulneran los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que en muchas ocasiones, como la presente, consumirían toda o gran parte de la herencia”.

(307) La causante había ordenado legados a favor de sus hijos, con cargo al tercio de libre disposición, e instituido herederos, por cuartas partes iguales, a sus tres hijos y a un nieto, hijo de otro hijo premuerto. Uno de aquellos tres hijos premurió a la testadora dejando, a su vez, un hijo. El contador partidor, al redactar el cuaderno particional, consideró legitimario a este nieto en representación del hijo premuerto. La Resolución de 14 de agosto de 1959 consideró que se trataba de un supuesto de preterición y reconoció que “este Centro directivo tiene declarado que podrán ser inscritas en el Registro las escrituras de partición en que los herederos instituidos hubieren reconocido a los descendientes del premuerto el derecho que les había correspondido, si se hubiese abierto total o parcialmente la sucesión ab intestato”. Pero, como puede verse en el texto, consideró que este resultado se hallaba fuera del alcance del contador partidor.

(308) La Resolución de 30 de junio de 1910, al final de su tercer considerando, arguyó a mayor abundamiento que “conforme a los principios consignados también en Sentencias de 27 de junio y de 3 de diciembre de 1907, las particiones de herencia aprobadas por todos los interesados en las mismas constituyen entre ellos un vínculo jurídico inalterable, mientras no sean jurídicamente rescindidas”.

(309) La Resolución de 10 de mayo de 1950, en sus considerando 4.^o y 6.^o, dice respectivamente:

“Considerando que el Tribunal Supremo ha declarado que, en los casos previstos en dicho artículo 814, la nulidad afecta únicamente a la cláusula del testamento en la cual se omita a los herederos forzados; y que, si los preteridos convienen con los instituidos en no impugnar la institución hereditaria y en distribuir y adjudicar los bienes, serán válidas las particiones del caudal reliquo, porque los interesados, según la Sentencia de 7 de noviembre de 1935, “pueden de común acuerdo prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia”.

“Considerando que en el caso discutido se aplicó rectamente el espíritu de

hace falta que los herederos tengan capacidad suficiente (311).

c) La renuncia propiamente dicha del preterido a impugnar la institución testamentaria, fue claramente admitida como válida por el Tribunal Supremo en S. de 20 junio 1903 (312), que en su primer considerando, declaró:

la Ley de acuerdo con las orientaciones jurisprudenciales, por lo cual no se incurre en responsabilidad alguna al extender las inscripciones ya que, en definitiva, habría de prevalecer la unánime voluntad de los siete herederos forzosos, todos mayores de edad, decisiva en la materia, según prescribe el artículo 1.058 del Código civil.”

(Cfr. el comentario de GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO a las RR. de 24 de enero de 1941 y 10 de mayo de 1950 en R. C. D. I., XVII —marzo, 1941— p. 165 y s., y XXIII —septiembre, 1950—, pp. 605 y ss., y el referido trabajo de ALFONSO CRUZ AUÑÓN, loc. cit., pp. 556 y ss.).

(310) La Resolución de 14 de agosto de 1959, en su último considerando, también reconoce que es doctrina sustentada por el Tribunal Supremo, la que “en base del artículo 1.059 reconoce la validez de las particiones hereditarias, cuando los interesados hubiesen convenido no impugnar la institución”.

(311) Esta razón fue decisiva en la Resolución de 24 de enero de 1941. “Ya que el Consejo de familia —cuyo modo de apreciar el derecho del menor a la herencia de su padre estimó inaceptable el Presidente de la Audiencia, y este extremo es el principal apoyo de la decisión apelada, en la cual se ponen de relieve que la tutela y la protutela están ejercidas, respectivamente, por el abuelo materno y el padrastro— se avino a mantener la eficacia parcial de la institución hereditaria y a asignar a la viuda, privada de la patria potestad por ulteriores nupcias, no sólo el usufructo del tercio de mejora, sino, además, el pleno dominio del tercio de libre disposición, procedimiento que no sería lícito en el supuesto de reconocer la nulidad de la institución hereditaria, porque en tal caso este tercio correspondería al único hijo del causante”. Así lo explicó en su penúltimo considerando la Resolución de 10 de mayo de 1950, donde explicó que la citada resolución de 1941, “examinada atentamente, se observa que se refiere a un anómalo asunto, en el que un hijo menor de edad habido en el primer matrimonio de la madre, la cuál había perdido la patria potestad por las segundas nupcias, era despojado de un tercio de la herencia paterna, que le habría correspondido en el caso de nulidad de la institución hereditaria, por una interpretación que rechazaron, fundados en motivos éticos y jurídicos, el Registrador, el Presidente de la Audiencia y este Centro directivo, toda vez que en el documento particional se cumplió el requisito de respetar íntegramente los derechos sucesorios del tutelado”.

(312) El supuesto de hecho de la Sentencia de 20 de junio de 1903 fue el siguiente: Doña F. de P. M. y F. falleció en 1862 bajo testamento en el que declaró tener cuatro hijos, a los que instituyó herederos. La demanda fue interpuesta por un nieto y heredero de Luisa A. M. —otra hija de dicha causante— que pidió la nulidad de la institución de herederos, porque dicha hija de la testadora había sido preterida por ésta. Se contestó, y en lo fundamental se probó, que a favor de dicha hija preterida, cuando ésta contrajo matrimonio, constituyeron sus padres, a cuenta de su legítima, dote estimada, que los padres, por consideraciones de carácter privado, decidieron que sus herencias se repartieran en cuatro porciones iguales entre sus otros cuatro hijos, a los cuales ordenaron que extrajudicialmente entregaran, entre todos, a su hermana Luisa, una participación igual a la que ellos percibieran, lo que cumplieron entregándole 5.000 reales, que, unidos a los recibidos de la madre por la aportación dotal, sumaban un valor superior a lo que le correspondía por su legítima; y que desde la fecha del fallecimiento de la madre a la defunción de su hija Luisa transcurrieron diecinueve años. El Juzgado y la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada absolvieron de la demanda, por lo que el demandante

“... que el hijo indebidamente preterido, como el injustamente desheredado, puede, a su libre arbitrio, conformarse con el testamento, ejercitar o no la acción de nulidad derivada de la preterición y renunciar a su ejercicio, ya expresa ya tácitamente, por medio de actos que impliquen esa conformidad y renuncia; entendiéndose hecha de esta última manera, según el recto sentido y espíritu de la ley 6.^a, tit. 8.^o de la Partida 6.^a, aplicable al caso de este pleito, cuando, conociendo el testamento y sin exigir que previamente se declare o reconozca la nulidad de la institución de herederos que se hubiese hecho en su perjuicio, recibiese el preterido de esos herederos en pago de su haber otro tanto de lo que por consecuencia y efecto de la nulidad le había correspondido como legitimario en la herencia del padre; porque ese acto implica, necesariamente, no tan sólo aquella renuncia, sino también su conformidad en cuanto al modo escogitado por los interesados para dar satisfacción a su derecho.”

Esta doctrina (313) aparece en cierto modo confirmada en S. 11 mayo 1909, en cuanto para rechazar la alegación de recurrente de la nulidad total de la institución, partió —en su tercer considerando— de que “si bien la preterición del heredero forzoso vicia la institución testamentaria, según el artículo 814 del Código civil, habiéndose limitado la parte actora a reclamar la nulidad de la designación del heredero hecha por D. M. L. E. en cuanto a la tercera parte de los bienes, resolviendo la Sala de conformidad a lo pretendido...” (314).

dante interpuso recurso de casación, alegando como primer motivo la infracción de las leyes 8, tit. 20, lib. 10 Nov. Recopil., y 17, tit. 1. Partida Sexta, según las que “los hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, son herederos forzados de sus padres y ascendientes legítimos, toda vez que al absolver de la demanda de nulidad del testamento combatido en la demanda, se reconoce la subsistencia y validez de éste, y, por tanto, se deniegan los derechos del recurrente como hijo de la preterida doña...”.

(313) Entre los autores reconocen expresamente esta doctrina ROYO MARTÍNEZ (op. cit., cap. XXI, § 4.^o, p. 245), PUIG PEÑA (op. cit., cap. XIV, 2, d., pp. 384 y s.) y MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (*El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzados*, en la Rev. Derecho Notarial, año III, n. 7 —enero-marzo, 1955— IV, c, p. 82).

(314) El supuesto de hecho de la Sentencia de 11 de mayo de 1909, fue el siguiente: El causante instituyó única heredera a la mujer con la que más tarde contrajo matrimonio. Después de fallecido dicho testador, demandó la actora su reconocimiento como hija natural suya, y así se declaró habiendo llegado el pleito hasta el Tribunal Supremo. Poco después de entablada aquella demanda, fue adjudicado a la heredera todo el caudal relicto, parte para pago de deudas y el resto en pleno dominio, aunque determinando el importe de la mitad líquida que le correspondería en todo caso por la cuota viudal. Cinco días después de otorgada esta escritura, la viuda y heredera vendió la nuda propiedad de todas las fincas heredadas y, más tarde, también el usufructo de las mismas, entre las que se encontraba una casa que, a su vez, dicha compradora vendió al demandado que más tarde recurrió en casación. Con estos antecedentes, la hija natural demandó que se la declarase heredera de su padre natural en cuanto a su porción legitimaria, declarándose nulo el testamento en cuanto fuere necesario para atender los derechos de la hija natural, y asimismo nulas y sin ningún valor ni efecto la partición y adjudicaciones de

Y la S. de 19 de noviembre de 1910 (315) admitió la validez de la transacción entre la esposa, instituida heredera en usufructo y la madre natural del testador, que fue preterida, y que esta transacción, en cuanto a los hermanos uterinos del testador, instituidos en nuda

bienes que se hicieron a favor de la viuda y nulas las enajenaciones por la misma verificadas. La Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada, revocando en parte la sentencia del Juzgado, declaró a la demandante heredera de su padre natural con derecho a la tercera parte de la herencia, nula en cuanto perjudicara a este derecho la institución de herederos y la partición y adjudicación de bienes efectuadas y nulas las enajenaciones verificadas por la heredera instituida. Interpuesto recurso de casación por el segundo comprador de la casa, alegando —además de la infracción de varios preceptos de la Ley Hipotecaria— interpretación errónea de los artículos 814, 815 y 817 del Código civil, pues siendo jurídicamente indudable —a juicio del recurrente— que la preterición sólo anula la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima del preterido, dejándola válida en lo demás, y reconociendo la Sala sentenciadora la exactitud y eficacia de esta doctrina con el hecho de no reconocer a la hija natural más que su legítima estricta, o sea, la tercera parte de la herencia, dejando subsistente en cuanto las dos terceras partes restantes la institución de heredera, anula, sin embargo, en su totalidad, las ventas otorgadas por ésta, cuando debía respetarlas en las dos terceras partes de las que la heredera instituida era dueña y podía disponer, por tanto, con perfecta validez. El Tribunal Supremo admitió este cuarto motivo y casó en cuanto al mismo la Sentencia recurrida, por la razón que hemos transcrita en el texto a que esta nota se refiere, de la cual en consecuencia deduce que la nulidad de la venta “no puede declararse en términos absolutos, sino en tanto en cuanto al hacerse las nuevas particiones haya que dejarla sin efecto para poner a salvo en su integridad la legítima reclamada por la actora, pues en otro caso, ni intereses ni acción tendría para solicitar dicha nulidad, dados los términos de la resolución recurrida”.

(315) El caso al que dio fin la Sentencia de 19 de noviembre de 1910 es complejo y dio lugar a dos pleitos que trataremos de resumir lo más claramente posible:

1.º pleito: El causante de una sucesión regida por el Derecho anterior al Código civil otorgó un legado a su madre natural (recordemos que a estos efectos la madre natural era equiparada a la legítima y que, conforme a dicho Derecho, el heredero forzoso no instituido se consideraba preterido aunque se le hubiese otorgado algún legado), dispuso del usufructo a favor de su esposa, otorgó un legado de cantidad a favor de dos de sus hermanos y nombró herederos a sus cinco hermanos uterinos. La madre se opuso a la elevación a escritura pública del expresado testamento, hecho de palabra, y concluyó transigiendo sus diferencias con la viuda, conviniendo en que se adjudicaran a la primera el pleno dominio de la tercera parte de la herencia con cargo a satisfacer los gastos de funeral y demás piadosos, así como los legados y que el resto se adjudicase a la madre del testador, y para que realizaran tales adjudicaciones designaron amigables componedores, que las cumplimentaron en un laudo en el cual adjudicaron determinados bienes a la viuda. Esta, años después, vendió estas fincas a J. G. y a Y. del P., el segundo de los cuales era el padre de Teresa y Felipa del P. C. Fallecida la viuda vendedora, uno de los hermanos del causante llamado Bernardo S. C., instituido con sus otros cuatro hermanos en la nuda propiedad, reivindicó los bienes de la herencia aduciendo la consolidación del pleno dominio por fallecimiento de la viuda del testador nombrada por éste usufructaria, alegando que en nada podía haberles perjudicado el convenio o transacción celebrado entre su madre y la viuda del testador. Las sentencias de primera y segunda instancia dieron lugar a la demanda.

propiedad, quedó convalidada al aceptar la herencia de su madre, es decir de la preterida que transigió.

Admitida la posibilidad de la renuncia total por parte del preterido, no puede dudarse de que pueda contentarse con lo que le corresponda por legítima o con cualquier otra solución transaccional (316).

2.º *pleito*: Doña Teresa y doña Felipa del P. C., ésta representada por su esposo, y los herederos de la viuda del testador, que había vendido las fincas que después habían sido reivindicadas, otorgaron una escritura en la cual, cumpliendo un anterior convenio, éstos cedieron a aquéllas todos sus derechos y acciones sin excepción alguna, contra los herederos de la madre del testador, y a su vez relevaban a los cedentes de toda responsabilidad, cualquiera fuese el resultado del pleito. Sobre esta base, doña Felipa y doña Teresa demandaron a los hermanos don Bernardo, don Antonio y doña Beatriz S. C. (hermanos del testador, instituidos por éste en nuda propiedad) pidiendo: 1.º, la nulidad por preterición del testamento del causante; 2.º, que los demandados, como herederos de la madre del testador y suya, estaban obligados a cumplir lo convenido por éste con la viuda y a respetar el laudo consiguiente al compromiso; y 3.º, que los demandantes, como subrogados en los derechos de los herederos de la viuda del testador, tenían derecho a los bienes que a ésta por la transacción y el laudo le hubiesen correspondido. El Juzgado de primera instancia absolvió de la demanda, y la Audiencia de Oviedo confirmó ese fallo. Los demandantes interpusieron recurso de casación, al que dio lugar el Tribunal Supremo por estimar que por ser don Bernardo heredero de su madre, que había transigido, no podía haber reivindicado los bienes que, en virtud de su transacción y compromiso y el consiguiente laudo, correspondieron a la viuda del testador (observando que el tal don Bernardo había ocultado su condición de heredero de la preterida al reivindicar los bienes y combatir la validez de la transacción y el laudo), declarando en su segundo considerando "que cualquiera que haya sido el vicio de que pudiera adolecer la transacción discutida [es decir, la falta de intervención de los instituidos en nuda propiedad], fuerza es reconocer, lo mismo con arreglo a la antigua que a la nueva legislación, no menos que a la doctrina establecida por la jurisprudencia, don..., don... y doña convalidaron las estipulaciones consignadas en el expresado contrato, no sólo por haber aceptado la herencia de su madre, sino por actos, a la vez que expresiones inequívocas de su voluntad...".

(316) Cfr. MANUEL DE LA CÁMARA (*El derecho de representación...*, loc. cit., IV, c. p. 83), que ha opinado que: "Cuando el preterido sea, en cambio, plenamente capaz, nosotros no vemos inconveniente alguno en que se declare satisfecho con menos de lo que por herencia intestada le hubiere correspondido. Concretamente, en todos aquellos casos en que no sea claro, y se discuta cuál sea el alcance de las disposiciones testamentarias que, no obstante la preterición, hayan de subsistir (cuestión que, como ya hemos visto, puede resultar vidriosa), no hay obstáculo que se oponga a que las diferencias existentes entre los herederos instituidos y el preterido se zanjen por medio de un convenio por el cual se asigne al preterido más de lo que por legítima tendría derecho a percibir y menos de lo que le correspondería como heredero intestado. Este acuerdo sería una verdadera transacción a la que ningún reparo cabe oponer, puesto que no está alcanzada por la norma prohibitiva del artículo 816 (que se refiere a transacciones entre los legitimarios y el causante) ni por ninguna otra de las que excluyen determinadas materias del ámbito de la transacción. Es más, creemos que aunque el preterido fuera menor o incapaz, el convenio sería posible si sus representantes legales cumplen los requisitos que la ley en cada caso les impone para transigir sobre derechos de sus representados."

28. *¿Quién puede impugnar la institución por causa de preterición? ¿Es declarable de oficio?*

Problema conexo con el que acabamos de contemplar es el relativo a quién puede impugnar la institución de herederos por causa de preterición y a si ésta puede estimarse de oficio (317).

a) Las RR. de 30 junio 1910 y 31 enero 1913 consideraron que la nulidad que el artículo 814 C. c. establece “*tiene lugar y pueden acordarla los Tribunales, a instancia de parte legítima, cuando los instituidos herederos pretendan sostener la institución hereditaria*”.

Pero, ¿quién puede considerarse, al efecto, *parte legítima*?

La S. 19 noviembre 1910, antes referida, declaró que sólo a la preterida “y no a los demandantes que no derivan de ella vínculo alguno de derecho”, era dable ejercitar la acción derivada de la preterición (318),

En contra de esta doctrina tal vez se invoque la S. 15 octubre 1957 (319). Pero es de notar que en el pleito que la motivó no fue discutida la falta de acción de los demandantes, hermanos del preterido, sino que tácitamente fue aceptada esa legitimación por la otra parte que pleiteó sobre el fondo de la cuestión sin oponer su falta.

b) Si la acción dimanante de la preterición *pueden acordarla los Tribunales a instancia de parte legítima* (RR. 30 junio 1910 y 31 enero 1913), es porque no pueden declararla de oficio, como queda corroborado por la jurisprudencia que venimos examinando en éste y en el anterior epígrafe. Pero la cuestión resulta más delicada si se examina desde el ámbito de las facultades de los comisarios o contadores partidores testamentarios, o de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad.

La *primera cuestión* fue planteada hace unos años por Alfonso Cruz Auñón (320). A su juicio, la función de apreciar y subsanar la preterición “no es particional por suponer el reconocimiento de un derecho” y “la apreciación de la nulidad de la institución de herederos, y ello es lógico que rebasa la propia función del Comisario, por ser materia que debe ser reservada en primer término al Juez, y en

(317) Respecto los antecedentes históricos de esta cuestión en los autores castellanos, cfr. *supra* núm. 23, texto y notas 276 y ss.

(318) Cfr. *supra* nota 315 el supuesto de hecho de esta sentencia. El mismo criterio puede verse en RAMOS BASCUÑANA (op. y vol. cits., cap. XXIX, n. 4, p. 29); ROYO MARTÍNEZ (loc. últ. cit.); ALFONSO CRUZ AUÑÓN (op. y pág. últ. cits.); MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (*El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzados*, loc. cit., IV, c, pp. 81 y siguientes).

(319) El supuesto al que se refirió el pleito resuelto en la S. 15 octubre 1957 fue el siguiente: El testador no mencionó a uno de los hijos habidos de su primer matrimonio que se hallaba en ignorado paradero. Demandaron los otros hijos de ese primer matrimonio. El Juzgado de primera instancia de León y la Audiencia de Valladolid estimaron la demanda y entablado recurso de casación fue rechazado por el Tribunal Supremo. No se discutió en el pleito la falta de legitimación de los actores.

(320) ALFONSO CRUZ AUÑÓN, loc. cit., pp. 560 y ss.

segundo término a los propios interesados y posibles perjudicados por ello, que en definitiva son los herederos. Por tanto, éstos no deberán pasar por ella sólo porque el Comisario al obrar así, lejos de partir atenido al testamento, lo que hace es prescindir, si no de él, al menos de su institución de herederos..." "Otra cosa sería —añade el mismo autor— si, obtenida la nulidad de la institución y la subsiguiente declaración de herederos *ab intestato*, o reconocido el derecho de los preteridos por los herederos, se limitase el comisario a practicar, en su vista, la partición."

Posteriormente la Res. de 14 agosto 1959 ha seguido este criterio (321).

La segunda cuestión se refiere a si el Registrador puede rechazar la inscripción de una herencia o de su partición por hallarse el testamento base viciado de preterición.

A primera vista parece que la solución debiera ser negativa, por aplicación lógica del criterio, que venimos comprobando, de que sólo los propios preteridos pueden invocar la invalidez por dicho vicio de la institución de herederos (322).

(321) El último considerando de la Res. 14 agosto 1959 dice así: "Que si bien este Centro directivo tiene declarado que podrán ser objeto de inscripciones en el Registro las escrituras de partición en que los herederos instituidos hubieran reconocido a los descendientes del premuerto el derecho que les habría correspondido si se hubiera abierto total o parcialmente la sucesión *ab intestato*, doctrina que concuerda con la sustentada por el Tribunal Supremo, quien en base del artículo 1.059 reconoce la validez de las particiones hereditarias, cuando los interesados hubieran convenido no impugnar la institución, y con la declarada en la Resolución de esta Dirección General de 10 de mayo de 1950, no es menos cierto que para lograr tan saludable efecto ha de ser formalmente expreso el convenio de los herederos, sin que por la sola falta de impugnación haya de presumirse tal reconocimiento y deba considerarse inscribible la partición defectuosa hecha por el contador, al no ajustarse a la ley, sin que sea necesario apurar las consecuencias de la preterición al surgir, en nuestro supuesto, con posterioridad al otorgamiento del testamento, y dado que si prosperase la nulidad de la institución de herederos afectaría sólo a la legítima estricta, en cuanto el causante distribuyó el resto del caudal hereditario en legados, ni negar las facultades que corresponden al contador —aun cuando sea necesaria la declaración de herederos *ab intestato* a favor del nieto—, ya que los derechos hereditarios se transmiten desde la muerte del causante por este solo hecho y el de la aceptación expresa o tácita de la herencia."

(322) Esta razón lógica fue la que Florencio Porpetta empleó como Notario recurrente en el recurso que motivó la Res. 24 enero 1941. Y también CRUZ AUÑÓN (loc. cit., p. 567) razonó que: "En el peor de los casos, suponiendo que existan otros interesados en la misma situación, estaríamos en el caso de partición practicada con preterición (en ella) de herederos, y ello ni siquiera acarrearía su rescisión, ya que ésta sólo procede en el caso de *dolo* o *mala fe* (art. 1.080). Pero, aun suponiendo que la partición fuera rescindible por incidir en tal supuesto, ¿es eso lo que preocupa? Rescindibles son todas las particiones en nuestro Derecho a tenor del art. 1.074 del Código civil y, sin embargo, a nadie se le ocurre exigir para inscribirlas que se pruebe que en ellas no se da el supuesto de lesión de este último artículo. Por lo demás, la calificación registral debe negar la entrada en el Registro a los actos nulos, no a los meramente rescindibles, que son perfectamente válidos; e inscritos la rescisión se seguirá dando siempre entre partes, con o sin perjuicio de tercero, según los casos."

Pero aquí se interfiere otra cuestión, relativa a la conveniencia o inconveniencia de que tengan acceso al Registro situaciones impugnables, mientras los interesados no las hayan impugnado (323). Su inscripción puede incrementar el número de situaciones inseguras, en las cuales el Registro de la propiedad no puede garantizar la adquisición al tercero si la posible causa de invalidación resulta del Registro. O que, si no se hace constar, pueden transformar el Registro en un instrumento de despojo de legítimos derechos.

Por eso, la posibilidad de que el Registrador aprecie la preterición y, por esa causa, rechace la inscripción de herencias y particiones, es la solución mejor desde el punto de vista registral (324). Pero, por otra parte, esa posición puede provocar pleitos que nunca hubiesen tenido lugar, o bien condenar esas situaciones impugnables a vivir fuera del Registro. Lo cual, tal vez, incline a entender que civilmente sería mejor solución la inscribibilidad de esas situaciones; pero haciéndose constar en ellas el posible defecto de que pudiese adolecer el derecho, para que ningún tercero pudiera escudarse en su ignorancia.

La Dirección General de Registros, por una parte, ha sentado que al Registrador no le cabe suscitar la cuestión de la validez de los testamentos (325), y este criterio lo ha aplicado en caso de preteri-

(323) Este es el criterio aceptado por el art. 94 del Reglamento Hipotecario respecto la inscribibilidad de los actos y contratos otorgados por la mujer casada sin licencia de su marido.

(324) Por eso, sin duda, agrada a CÁNOVAS COUTIÑO (comentarios a la Res. 24 enero 1941, en R. C. D. I. XVIII —marzo 1941—, p. 166) que el Registrador pueda denegar la inscripción por esta causa. Y, tal vez por ello, razona que: "La Dirección, de una manera irrevocable, se pronuncia por la nulidad de la institución hereditaria para todo supuesto de preterición de descendientes. Y al no estimar correcta la amplitud con que ciertas Resoluciones anteriores, alegadas por el Notario recurrente, mitigaron —para evitar gastos y dilaciones— los efectos de la preterición, infiere que —a su juicio— supuesta ésta, no cabe acuerdo alguno entre instituido y preterido u órgano representativo de éste —aquí el tutor con el Consejo de familia— en las operaciones de testamentaría y división de herencia. Una suerte de resolución "ex tunc" se opera. La declaración de herederos se impone. Puede —y debe— exigirla el Registrador. Con ello era casi innecesario el último considerando, de fisonomía más sentimental y moral que de consistencia jurídica."

Ese razonar lógicamente desde el resultado hacia la causa al llevar a conclusiones inexactas, demuestra que —no fallando la lógica— lo que falla es la solución tomada como punto de partida del razonamiento. Como antes hemos visto, no fueron sólo razones de economía, de tiempo y dinero las motivaciones de las Resoluciones invocadas por el recurrente, ni de otras semejantes, ni de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que hemos referido. La preterición no se funda en razón de orden público alguna, sino en la protección de los preteridos, quienes pueden renunciarla, transigirla y reclamarla o no reclamarla. La solución de la Res. 24 enero 1941 no se fundó en una regla general, sino en que la tutela del preterido la desempeñaban su padrastro y su abuelo materno y que la madre resultaba beneficiada al no apreciarse la preterición por parte de dichos representantes del menor que moralmente le parecieron incompatibles (cfr. *supra* nota 311).

(325) La Res. 26 septiembre 1904 consideró: "que sólo a los interesados cumple suscitar cuestión acerca de la validez de los testamentos, sin que sea lícito a los funcionarios públicos poner en tela de juicio tal validez, más que

ción (326). Pero, por otra parte, ha ratificado, en R.R. de 31 enero 1913 y 24 enero 1941, la no inscribibilidad de adjudicaciones de herencia en virtud de que el testamento adolecía del vicio de preterición. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, en estos dos casos, la base de la negativa la constituyeron sendas incompatibilidades de intereses que se apreciaron entre la representación de los preteridos y éstos, que eran menores de edad (327). Soluciones justas a las que llegó la Dirección General sin salirse de la esfera de la capacidad y la legitimación de los otorgantes de la partición que debe apreciarse en cada caso habida cuenta de sus singulares circunstancias.

29. *Plazo de prescripción y transmisibilidad de la acción por preterición.*

Clásicamente, según hemos visto antes, la *querella inofficiosi testamenti* y el *ius dicendi nullum* diferían por su distinto plazo de prescripción, respectivamente, de un quinquenio y de una treintena, y por su transmisibilidad que, en el primer caso, se limitaba, *iure sanguinis*, a los descendientes del preterido.

¿Cuál debe ser hoy el criterio en ambo casos?

a) La acción de preterición debe considerarse —según Manresa (328)— mixta de real y de personal, y su prescripción fijarse a los treinta años si existieran inmuebles en la herencia, o a los seis si sólo la integran muebles o semovientes, salvo caso de adquisición del dominio o derechos reales por usucapión o por lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

En cambio, Cámara (329) y García Bernardo (330) creen de apli-

en caso de haberse cometido un delito de falsedad, estafa, falso testimonio u otro de los que dan lugar a procedimiento de oficio"... "que son de índole tan especial las causas que pueden traer aparejada la nulidad de un testamento que, por regla general, no puede decirse *a priori* que éste es nulo, ya que aun de existir defectos que entrañan la nulidad, pueden perder tal virtualidad, si los interesados aceptan el testamento o convienen en respetarlo cual si le adoraran todos los requisitos legales"... "que de lo expuesto, lógicamente, se infiere que en materia de testamentos, las faltas que los invalidan no engendran necesariamente su nulidad, único supuesto en que se da la *falta insubsanable* con las consecuencias jurídicas que establece el art. 65 de la Ley Hipotecaria"... "que no desvirtúa toda esta doctrina el general y absoluto precepto del art. 687 del Código civil, dictado para los Tribunales de justicia, que a su tenor han de fallar *a posteriori*, o sea previa reclamación de parte interesada, y en vista del texto legal que se reputa infringido, mas no para el Registrador de la propiedad, que no puede rechazar *a priori* un instrumento testamentario contra la voluntad de quien puede acatarle como válido, lo cual excluye el concepto de *necesariamente nulo*, alma del defecto insubsanable."

(326) R.R. 30 junio 1910 y 31 enero 1913.

(327) Cfr. *supra* notas 305 y 311.

(328) MANRESA, op. y loc. cits., p. 354.

(329) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el Código civil*, en "Centenario de la Ley del Notariado" Sec. III, vol. I, p. 809, nota.

cación la prescripción de quince años del artículo 1.964, de acuerdo con el criterio seguido por el Tribunal Supremo para las acciones dirigidas a obtener la nulidad del testamento.

Si la acción fuese de rescisión —como fue la querella— prescribiría a los cuatro años (art. 1.299). Plazo que respecto de personas sujetas a tutela y para los ausentes debería comenzar a contarse cuando cesara la incapacidad de los primeros o fuere conocido el domicilio de los segundos (art. 1.299, § 2.º, C. c.). A las personas sujetas a tutela creemos asimilables —*ad maiorem*— las que debieran estarlo, e incluso los sometidos a patria potestad de tener los padres con ellos contraposición de intereses.

Y, finalmente, de ser estimado el supuesto como de anulación prescribiría la acción también a los cuatro años (art. 1.301).

El clásico plazo de cinco años de prescripción aplicable a la querella, se conserva en el Código civil para la revocación de donaciones por supervivencia de hijos (art. 646, § 1.º).

b) La transmisibilidad de esa acción ha de depender de su naturaleza, según se la considere de carácter más o menos personalísimo. De este tipo son las acciones de revocación de donaciones por supervivencia de hijos, sólo transmisibles a los hijos y descendientes legítimos del donante (art. 646, § 2.º), o las de revocación por ingratitud, que sólo se transmiten a los herederos del donante si éste las hubiese ejercitado o si se acreditare que no pudo ejercitarlas (art. 653, § 1.º, *a contrario*).

Se trata, pues, de dos cuestiones —las de la prescripción y la transmisibilidad de una acción— clásicamente resueltas (331) que el texto del Código civil no regula ni su jurisprudencia ha tratado directamente. Su solución, pues, sólo puede resultar de la naturaleza que corresponda a la acción de impugnación por preterición. Y, por tanto, por deberse resolver *a posteriori* aquellas dos cuestiones, no podremos, sin incurrir en petición de principio, aducir su resultado, para resolver la cuestión principal de la que dependen.

30. *Conclusión acerca de la naturaleza de la acción derivada de la preterición en el Código civil.*

De lo expuesto podemos deducir que nos hallamos ante una acción rescisoria de tipo personalísimo, como la *querella inofficiosa testamenti*.

Nos inclinan a esta convicción:

1.º Los precedentes históricos y los antecedentes legislativos de nuestro Código, que van marcando la absorción del *ius discendi nullum* del testamento por la *querella inofficiosa testamenti* concretada a invalidar la institución de heredero. No se nos diga que el Código civil

(330) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código civil* (Oviedo, 1964), p. 129.

(331) Cfr. *supra*, n. 23.

haya vuelto a separar las dos instituciones por los efectos diversos previstos en el artículo 814 y en el 851 C. c., pues estas diferencias no son sino puramente cuantitativas, y puede decirse que el 851 regula para la desheredación injusta una querella de efectos limitados al importe de la legítima.

2.^o La posibilidad de convalidar la institución de herederos por renuncia del preterido a impugnarla (S. 20 junio 1903) o por convenio de éste con los instituidos (S. 19 noviembre 1910).

3.^o Su no declaratividad de oficio (arg. S. 11 mayo 1909 y Rs. 30 junio 1910 y 31 enero 1913).

Siendo así:

a) Por tratarse de una acción de rescisión, su prescripción sería de cuatro años (en lugar de cinco años, como era clásicamente), retrasándose el inicio del cómputo en los casos de ausencia e incapacidad, conforme antes hemos visto.

b) Por tratarse de una acción de tipo personalísimo, no sería enajenable ni transmisible a los herederos, salvo: I) *iure sanguinis* a los descendientes legítimos; y II) a los herederos en general si el preterido hubiese iniciado el ejercicio de la acción o se probare que no le fue posible hacerlo.

Creemos, por otra parte, que esta solución es la más adecuada a la realidad, como expusimos en otra ocasión (332): "Pretender que toda disposición testamentaria que prescinde de un legitimario es *ipso iure nula*, o bien que tal disposición no pudo abarcar la legítima, nos parece que es acudir a soluciones toscas y primitivas, faltas de la flexibilidad que caracteriza el proceso jurídico. Si la *ratio* de la norma es proteger al legitimario y éste, expresa o tácitamente, se conforma, ¿por qué reputar nula la disposición y beneficiar a otras personas? ¿No es tanto mayor la perfección jurídica en materia sucesoria cuanto más fina sea la armonización de la voluntad del testador con las normas prohibitivas, de tal forma que aquélla sólo deje de ser eficaz en tanto en cuanto la *ratio* de éstas lo exija, pero no fuera de ella? Si es así, si en consecuencia vale la disposición testamentaria si el preterido no reclama, es que aquélla no es automáticamente nula *ipso iure*, es que no hay una delación legal que excluya sin más la delación testamentaria en la porción legítima. Labor de artesanía de siglos, que algunos quieren deshacer para volver a las más primitivas páginas del Derecho, para que encaje mejor en unos esquemas conceptuales, con olvido de la realidad concreta, más compleja, de la vida jurídica."

Por lo demás, en una sucesión entre parientes tan íntimos como son los legitimarios, parece suficiente plazo de prescripción el de las acciones rescisorias, con la particularidad de que su inicio sea retardado para menores, incapaces y ausentes. E, igualmente, parece que la no negociabilidad y la transmisibilidad limitada, clásicamente asignada a la

(332) *Notas críticas a la...*, II, 17, a, en A. D. C. cit. y ed. sep., p. 65.

querella, se ajusta mejor al carácter personalísimo que debe corresponder, como hemos dicho, a esa acción.

En cuanto a la extensión de los efectos de la preterición, debemos distinguir, para fijarla, entre dos cuestiones que trataremos a continuación.

1.º La de si, aparte de la clásica rescisión de la institución, puede aplicarse al testamento en su totalidad la ineficacia de la preterición por causa de error.

2.º La de determinar las disposiciones que, pese a la rescisión derivada de la *querella*, conservan su validez, y de saber cuáles son las que quedan invalidadas.

31. ¿*Caben efectos más totales en caso de preterición errónea?*

La *preterición errónea* fue distinguida de la intencional para determinar sus diversos efectos. Siguiendo el criterio de Baldo, en su comentario a la *Authentica ex causa*, entendieron Antonio Gómez (333) y el jesuita Luis de Molina (334) que la eficacia de la cláusula codicilar —presunta en todo testamento *parentem inter liberos*— no alcanzaba eficacia alguna si la preterición se debía a la ignorancia del testador, por creer muerto al preterido o bien por haber nacido éste después de otorgado el testamento. “La razón es —explicó el P. Molina— que no ha de presumirse que el testador haya preferido los extraños a su propio hijo o a otro a quien debiera instituir necesariamente, incluso por lo que se refiere a los legados...”

En general, se estima que nuestro Código civil no ha recogido esta distinción (335). Sin embargo, desde dos distintos puntos de vista, cabe intentar mantenerla.

(333) ANTONIO GÓMEZ, *Opus praeclarum... super legibus Teuri*, lex III, n. 79 (ed. cit., fol. 18), observó: “Intelligo tamen communem opinionem quando pater practerivit vel exheredavit filium vel descendenteum scienter, secus vero si ignoranter, quia tunc non tenebitur filius ab intestato succedens restituere praedicta bona; argumento text. in l. *sicut certi*. C. de *testa. mili.*, text. cum *materiam*, l. *cum avus*, ff. de *condi. et demon.*, text. I. *si unquam*, C. de *revoc. dona*.

(334) LUIS DE MOLINA, S. I., op. cit., Disp. CXXXII, n. 7 *in fine* (ed. y vol. cits., p. 270).

(335) Res. 14 agosto 1959. En la doctrina rechazan expresamente su posible inserción en nuestro Código civil: ROCA SASTRE (Notas al *Derecho de Sucesiones* de Kipp del Tratado de Enneccerus, Kipp y Wolf V-2, § 130, I, pp. 285 y ss.), LACRUZ (Notas al Binder, § 32, p. 300), CÁNOVAS COUTIÑO (Comentario a la Res. 14 agosto 1959, en R. C. D. I., XXXII, nota 7, p. 807), GARCÍA-BERNARDO (op. cit., pp. 106 y ss.). El tercero observa que “cabe pensar que, dados los antecedentes romanos”... “no pasase la cuestión al articulado por desconfianza u olvido de los redactores del Código, sino que éstos, por los conflictos que una y otra preterición intencional y la errónea, en su distinción y dificultad de prueba pudieran ocasionar, deliberadamente las silenciaron”.

De una parte, Roca Sastre (336) ha insinuado que es preferible sotener que el hecho de que el Código silencie el error en el contenido de las declaraciones testamentarias, "más que una omisión intencionada o de sentido excluyente, implica una laguna o insuficiencia normativa que debe colmarse o satisfacerse por aplicación analógica o interpretación extensiva del artículo 1.265 del C. c., según el cual "será nulo el consentimiento prestado por *error*, violencia, intimidación o dolo" (337). Sería excesivo mantener una declaración de voluntad testamentaria a todas luces errónea. Confirma este criterio el hecho de que el mismo artículo 673 incluye el dolo como causa de nulidad testamentaria el cual es fuente de error provocado". "Así, pues; hay que concluir que el error en el contenido de la declaración testamentaria es vicio invalidatorio del testamento, siempre que sea esencial o determinante". Esa doctrina aplicada a la preterición errónea acarrearía la nulidad total del testamento que la contuviere. Pero, según el propio Roca Sastre, la preterición de legítimos "es tratada por el C. c. dentro de la deficiente técnica del artículo 814, como figura autónoma, si bien incrustada en el ordenamiento de la legítima, o sea, con independencia del problema del error como vicio de la voluntad testamentaria".

De otra parte, Manuel de la Cámara (338) ha observado que la aplicación literal del artículo 814 a los supuestos de preterición, convierte la nulidad de la institución de herederos en "un verdadero castigo impuesto al testador, que comete preterición", criterio que cree insostenible porque si se sanciona por suponerse una omisión de los deberes testamentarios del testador, "la misma sanción ha de imponerse al testador que deshereda injustamente". Y, por eso, cree que "ante los absurdos resultados a que conduce esta aplicación literal es menester buscar, si es posible, un camino que permita llegar a conclusiones más racionales aun sin prescindir del articulado del Código civil". Y cree que éste puede hallarse considerando la preterición intencional como desheredación tácita, lo que llevaría a aplicarle el artículo 851, en lugar del 814 C. c.

Así, por un lado, puede tratarse de extender a todo el testamento la nulidad en caso de preterición errónea, y, por otro, se ha intentado circunscribir sólo a la legítima el alcance de la nulidad de la institución en los supuestos de preterición intencional.

(336) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE, *Notas cits.*, vol. V-1.^o, § 22, IV, 1, pp. 173 y ss.

(337) En contra de este criterio, MANUEL ALBALADEJO (*De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, en An. Der. Civ. VII-II, Abril-Junio, 1954, pp. 323 y ss.) cree que la doctrina de los artículos 1.265 y 1.266 sólo cabe aplicarla a los testamentos dentro de los límites del artículo 767, es decir, cuando se haya sufrido en el motivo *determinante exclusivo*; es decir, que se trate de un *error decisivo* y que esto se pruebe *intrínsecamente*, o sea, sin salirse del testamento.

(338) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *El derecho de representación en...*, loc. cit., pp. 66 y ss.

Pero, sin salirnos del Derecho constituido, creemos que el primer intento sólo puede alcanzar éxito en los supuestos en que el carácter determinante del error respecto al testamento en su totalidad resulte del tenor de éste, aunque sea relacionándolo con circunstancias de hecho extrínsecas. Y que el segundo intento sólo podrá triunfar si la intencionalidad de la preterición puede deducirse o inferirse del tenor del testamento, aunque también sea con el complemento de circunstancias extrínsecas. Fuera de estos supuestos, cuya solución puede apoyarse en los artículos 767 y 675 C. c. (339), queda aún una amplia zona de aplicación del artículo 814.

32. ¿Cabe equiparar o aproximar la preterición evidentemente intencional a la desheredación injusta?

Pero, ¿no cabe otra interpretación del artículo 814 que aproxime sus efectos a los señalados en el artículo 851 para la desheredación injusta?

La duda había sido contemplada por Manresa (340), centrada en las cuestiones de si el artículo 814, al decir que exceptúa la mejora, quiere exceptuar todo el tercio destinado a tal fin, o al menos la parte del mismo de que haya dispuesto el causante, y de si al exceptuar los legados trata de hacerlo con toda la parte de libre disposición de la que el propio testador haya dispuesto. Así, en este segundo caso, se llegaría al mismo resultado alcanzado en el Derecho histórico mediante la cláusula codicilar y la *valere omni meliori modo quod possit* expresas o sobreentendidas (341).

Pero este autor (342), y como él casi toda la doctrina (343), en-

(339) La S. 18 diciembre 1965, interpreta que el "tenor" del testamento a que alude el artículo 675 "se refiere al conjunto de disposiciones útiles para alcanzar el sentido de las cláusulas dudosas, atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar la última voluntad". Notemos que esas "circunstancias que tuvo en cuenta el testador", en ese caso, eran extrínsecas al testamento, pues se referían a los lugares donde ésta vivió y murió, que, demostrados fuera del testamento, fueron apreciados con relación al tenor de éste.

(340) MANRESA, op. y vol. cits., art. 814. Coment. B, 2, ed. cit., pp. 351 y s.

(341) Cfr. *supra*, n.º 25, b.

(342) MANRESA (loc. ult. cit., p. 352): "La interpretación que rectamente se desprende del artículo 814, es la de que sólo valen, y eso es cuanto no sean inoficiosas, las disposiciones hechas a título de legado o de mejora. En cuanto a la institución de heredero, se anula. Lo que se anula deja de existir ¿en todo o en parte? No se añade limitación alguna, como en el artículo 851, en el que se expresa que se anulará la institución de heredero *en cuando perjudique* a la legítima del desheredado. Debe, pues, entenderse que la anulación es completa o total, y que este artículo, como especial en el caso que le motiva, rige con preferencia al 817".

(343) SCAEVOLA (Código civil XIV, arts. 813 a 817, III, B, —4.º ed. Madrid, 1944—, pp. 426 *in fine* y s.), SÁNCHEZ ROMÁN (op., vol. y cap. cit., n.º 35, a, 1.º, p. 1140 y s.), DE DIEGO (*Instituciones de Derecho Civil*, T. III

tiende que si el testamento dispone de toda la herencia a título de institución, la preterición da lugar a su total invalidación y a la apertura de la sucesión intestada (art. 912, n.º 2.º C. c.), salvándose sólo legados, mandas y mejoras.

Sin embargo, no han faltado quiénes han sustentado la opinión contraria, que limita los efectos de la preterición equiparándolos a los de la desheredación injusta (344); ni quien afirma que "consideraciones de orden teleológico aconsejan limitar la nulidad a lo necesario para que el preterido obtenga la satisfacción de su derecho, evitando así que los legitimarios no preteridos resulten beneficiados por un hecho que no les afecta", "no obstante, que la letra del artículo 814 no es muy propicia a esta interpretación, por lo que para poder sustentarl a es menester prescindir un tanto de la dicción literal de aquel precepto" (345).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Ss. de 2 julio 1904 y 11 mayo 1909, sólo reconoció su legítima a los preteridos. Pero fue debido, en la primera, a que la frustración de la demanda de invalidación de unas ventas, efectuadas por los albaceas, venía pre-determinada por una sentencia firme de un pleito anterior que, conforme a lo pedido al intentarlo, sólo había concedido su legítima a las preteridas. Y, en la segunda, pese a invocarse en el recurso de casación la infracción del artículo 814 solicitándose la nulidad total de la institución, el Tribunal Supremo lo rechazó porque la sentencia de instancia se había ajustado a la petición de la preterida que sólo demandó que se la declarase heredera en cuanto a su legítima.

En cambio, la S. 7 febrero 1909 afirmó que el artículo 814 impone como sanción "la nulidad total de la institución de los extranjos, salvo las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas". La S. 11 marzo 1950 consideró que dicho artículo, "en caso de preterición de todos o de algunos de los herederos forzosos, prescribe la nulidad de la institución de herederos, mandando respetar las

—Madrid, 1932— Lec. 90, p. 232), CALIXTO VALVERDE VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, T. V —4.ª ed., Madrid, 1939—, cap. XIII, III, pp. 310 y s.), JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español Común y Foral*, I-II —4.ª ed., Madrid, 1939—, Tema LXIII, pp. 299 y s.), GUILLERMO G. VALDECASAS (*La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en *Revista Der. Priv.* —noviembre, 1963—, p. 965 y s.), GARCÍA-BERNARDO (op. cit., pp. 121), FRANCISCO BONET RAMÓN (*Compendio de Derecho civil*, V —Madrid, 1965—, § CXXIX, 132, A, p. 704).

(344) Cfr. ANTONIO MAURA (*Dictámenes*, vol. IV —1.ª ed., Madrid, 1930—, dict. n. 18, pp. 240, *in fine* y s.) escribió que "la consiguiente nulidad queda circunscrita a lo necesario para remedio de la inoficiosidad y reparación de los derechos legitimarios que la preterición vulneró". PUIG PEÑA (op. y vol. cits., cap. XIV, 1, D, pp. 382 y s.) se inclina por esta opinión de aplicar igual tratamiento a la preterición, que califica "de menos intensidad jurídica" que la desheredación injusta, que califica de "figura más fuerte que la preterición".

(345) CÁMARA ALVAREZ, *El derecho de representación...*, loc. cit., p. 84.

mandas o mejoras que no sean inoficiosas”. La S. 22 mayo 1950 estimó que “*la redacción clara y expresiva del artículo 814*”, establece que la preterición de todos o alguno de los herederos forzosos en línea recta, “*anulará la institución de herederos, es decir, la disposición testamentaria que afecta a la parte personal de la sucesión mortis causa, en lo que el testador se halla constreñido por la naturaleza a la par que por la ley, pero no tendrá igual efecto sobre las mandas y mejoras, es decir, sobre lo que el testador disponga con referencia a su patrimonio material, salvo la tacha de inoficiabilidad legal*” (el fallo declaró nula la institución en su totalidad y no sólo en cuanto a la legítima). La S. 15 octubre 1957, en segunda sentencia, concreta que en el artículo 851 C. c., relativo a la desheredación, “*se establece que cuando se declare improcedente “anulará la institución de herederos en cuanto perjudique al desheredado”, mientras que en el supuesto del artículo 814 tal nulidad se establece absolutamente sin más limitaciones que las antes taxativamente especificadas, diferencia de trato que se halla justificada porque en aquel caso hay una exteriorización de voluntad del causante, que no se da en el segundo, demuestra la mayor amplitud de la preterición*”. Y la S. 23 enero 1959, comparando los efectos de la preterición y los de la desheredación injusta, dice que aquélla es “*sancionada con la absoluta nulidad de la institución de herederos, si quiera salve también las mandas y mejoras en el artículo 814*”.

33. Efectos de la preterición de hijos naturales, hijos legítimos y los instituidos.

En los supuestos de las SS. 7 febrero 1909 y 11 marzo 1950, las instituciones anuladas eran de extraños (sobrinos y entenados, respectivamente). En cambio, en los de las SS. de 22 mayo 1950 y 15 octubre 1957, los instituidos eran hijos del testador, por lo cual se pudo haber sostenido la validez de la institución de los hijos no preteridos en cuanto no se lesionase la legítima de los preteridos, o, por lo menos, en tanto no excediera de la cuota que ab intestato correspondería al instituido (346).

Especialmente es de notar que la citada S. 22 mayo 1950 es la única que se ha enfrentado con un supuesto de preterición de hijo natural e institución de hija legítima. Confirmó esta sentencia la de la Audiencia que había declarado la nulidad total de la institución de la hija legítima. La cuestión está relacionada con la antes (347) examinada, que inquierte si la preterición de los hijos naturales surte el mismo efecto que la de los descendientes y ascendientes legítimos y si cuando más, su preterición sólo puede arguirse contra aquellos

(346) Solución dada en Dig. V-II, 19 y XXVIII-VII, 6 y 7 (cfr. nuestros *Apuntes...*, I, § 5, pp. 47 y ss. y nota 155) y en A. D. C. IV-II, pp. 643 y ss.).

(347) Cfr. *supra*, n.º 15, a.

herederos instituidos que no les precedan en el orden de sucesión intestada.

Antonio Hernández Gil, como Letrado del recurrente en los motivos de casación, razonó que la nulidad total de la institución de heredero está justificada en aquellos casos en los cuáles la consecuencia que produce —apertura de la sucesión intestada— determina la atribución de toda la herencia al hijo natural, como ocurre cuando es preterido respecto de extraños, pero que si los instituidos son hijos legítimos no se halla esta justificación, pues, conforme el artículo 942, en la sucesión intestada, los hijos naturales en concurrencia con legítimos sólo precisarán exactamente lo mismo que les corresponde como legitimarios a tenor de los artículos 840 y 841. Y que, por otro lado, el haber legitimario correspondiente al hijo natural, ha de sacarse del tercio de libre disposición, como pregonaba el artículo 840, por lo cual su derecho, caso de existir, sólo puede afectar a aquella parte de la herencia asignada al hijo natural, o sea, del tercio de libre disposición.

Abundamos en estas razones, a pesar de que fueron rechazadas por el Tribunal Supremo en la citada S. 22 mayo 1950 (348).

34. *¿Qué disposiciones del testamento conservan su validez no obstante la preterición?*

El artículo 814, § 1.º, concluye que la preterición anulará la institución de heredero, “pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”.

La interpretación de este inciso final ofrece varios problemas:

a) El mantenimiento de las *instituciones vulgares pupilares y ejemplares* fue discutido por los autores de Derecho común y, especialmente, los autores castellanos no solo continuaron la discusión respecto dicho Derecho (349), sino que la extendieron a las Partidas

(348) Cfr. *supra*, en nota 194, transscrito el tercer considerando de esta S. de 22 mayo 1950.

(349) Las palabras de la *Authentica* “*Ex causa*”, “*cetera firma permanent*”, fueron diversamente interpretadas. De una parte, Dyno había entendido que la *Authentica* hablaba de legados y fideicomisos, los cuales no necesitaban para su validez la del testamento, pudiendo disponerse en codicilos abintestato; no así las sustituciones vulgar y pupilar que requerían la validez del testamento paterno. De otra, la Glosa, Bartolo, y el común de los autores, se inclinaron por la validez. Este último criterio fue el de ANTONIO GÓMEZ (*Variæ...*, lib. I, cap. III, n. 24, ed. cit., p. 30), TELLO FERNÁNDEZ (*Constitutio-num Tauri, utilis interpretatio*, Lex III, IV pars. núms. 6 y 7, fol. 25 vto. y s.), DIEGO SPINO (*Speculum testamentorum*, gloss. *27 principalis*, n. 17 —ed. Francoforti ad., Moenum, 1960—, p. 891). El primero fue principalmente defendido por COVARRUVIAS (*In titul. De testamentis...*, cap. *Raynaldus* 16, § 6.º, n. 3, ed. cit., pp. 80 y s.).

(350), al Ordenamiento de Alcalá (351) y a la Ley 24 de Toro (352). Hoy parece que la sustitución vulgar puesta a la institución, invalidada por la preterición, debe asimismo ser invalidada, puesto que pasaría también a ser institución afectada por el mismo vicio. Ya que, a nuestro juicio, no cabe que haya preterición en la institución sin haberla en la sustitución, puesto que de no haberla en ésta tampoco la habría en el testamento, partiendo de que la mención es hoy, como creemos, suficiente para que no haya tal vicio (antes no era así, puesto que había preterición si faltaba la institución de un heredero forzoso). Cosa distinta será si la sustitución se refiere a una cosa determinada, pues en caso de jugar tendrá carácter de legado y deberá conservarse. A las sustituciones pupilares y ejemplares, creemos que, en nuestro Derecho, debe aplicársele analógicamente la misma solución que se aplique a las fideicomisarías (353).

b) En general, entre los autores de Derecho común predominó el criterio favorable a la validez de las *sustituciones fideicomisarias*, incluso universales (354), y de las ejemplares (355), aunque la insti-

(350) La ley 10, tít. V, Sexta Partida, entre otras cosas, dispuso que "Otrosi dezimos, que seyendo quebrantado por alguna razon derecha el testamento que ouisse fecho algun testador en que ouisse dado sustituto el padre a su fijo, o algun otro en la manera que es dicha popular que se desataría". Palabras que GREGORIO LÓPEZ (glosa a las palabras "se desataría" de esta ley, ed. cit., p. 495, gl. 90), COVARRUVIAS (§ cit., n. 4, p. 81), ANDREA ANGULO (*Commentaria ad Leges Regias meliorationum*, ley 8, gl. 4, n. 2 —Matriti, 1585—, fol. 171 vto.) las entendieron como favorables a la opinión de Dyno para el Derecho común. En cambio, TELLO FERNÁNDEZ (loc. cit., n. 10, fol. 27), a quien siguió MATIENZO (op. cit., lex I, gl. XIV, fol. 92 vto.), entendió que este texto de las Partidas sólo era de aplicación en el caso de que la nulidad fuera debida a defectos de solemnidades, pero no por causa de preterición, que debía regirse conforme al Derecho común interpretado según la común opinión de los autores.

(351) En contra de la aplicación de la Ley I del tít. II del Ordenamiento de Alcalá, objetaron GREGORIO LÓPEZ (gl. úl. cit.) y COVARRUVIAS (loc. úl. cit., n.º 4, p. 81) argumentando que esta ley se aplicaba a los casos de falta de institución de heredero o de adición de la herencia, pero no a los de preterición y desheredación. Sin embargo, el propio GREGORIO LÓPEZ acabó por considerar inconsistente la distinción, y atendidas las palabras *en las otras cosas*, que creyó comprensivas de la sustitución popular, se inclinó por la validez de ésta, conforme al Ordenamiento, en caso de preterición. En igual sentido, a favor de la validez, entendió esta ley TELLO FERNÁNDEZ (loc. úl. cit., n.º 18 y ss., fol. 29 y ss.).

(352) COVARRUVIAS (cap. y § úl. cit., n. 4 *in fine*, p. 81) dedujo de esta ley 24 de Toro, y como aclaración de la del Ordenamiento, la validez, en caso de preterición, de la sustitución popular en el caso de no haberse hecho en cosa cierta.

(353) Prescindiendo de la discusión de si se trata de variedades de las sustituciones fideicomisarias previstas para sus especiales supuestos legalmente tipificadas, o bien de sendas excepciones a la prohibición del testamento por comisario.

(354) GREGORIO LÓPEZ (gl. a la palabra *manda* de la ley 7, tít. VIII de la Sexta Partida, cfr. ed. cit., p. 570, glosa 46) aceptó la validez del fideicomiso universal una vez deducida la legítima del hijo preterido, aunque por tal preterición se anulase la institución. En igual sentido, ANTONIO GÓMEZ

tución resultare irrita por causa de la preterición. Hoy parece que el mismo criterio que a la institución debe aplicarse a la *sustitución fideicomisaria si es universal y puesta a la institución*, que deberá invalidarse con ésta, conforme había opinado Manresa (356) y como, para un supuesto regido por el Derecho anterior al Código civil, declaró la S. 14 julio 1899 (357). En cambio, *si la sustitución fideicomisaria pupilar o quasi pupilar puesta a la institución es singular, e incluso si es de cuota*, creemos que deberá mantenerse (358) en cuanto no sea inoficiosa, por la independencia de la eficacia de estas sustituciones respecto a la institución y por su asimilabilidad a los legados, singulares o de parte alícuota, respectivamente.

c) *Los legados* están expresamente excluidos de los efectos invalidantes de la preterición y deben valer en cuanto no sean inoficiosos.

Quienes creemos en la existencia del legado de parte alícuota (359) no podemos dudar de su inclusión en esta regla (360). El Tribunal Supremo, en S. 15 enero 1918, estimó válido, aunque reducible a la mitad, el legado de cuanto poseía el testador dispuesto por éste a favor de su esposa en propiedad, para el caso de que el hijo que ésta tenía concebido no llegase a nacer, como ocurrió, pues nació muerto.

Esta diferencia de criterio, según que el llamamiento al todo sea a título de herencia o de legado, que tanto choca a algún autor (361):

— ¿se debe a una razón conceptual?: No parece probable, pues el conceptualismo nos invadió mucho más tarde, cuando la distinción ya era clásica.

(Variae..., lib. I, cap. III, n. 24, pp. 39 y ss.), MATIENZO (loc. últ. cit., n. 83 *in principio*, fol. 92), ANGULO (op. cit., lex 8, gl. 4, n. 1, fol. 171), AYLLÓN LAYNEZ (op. cit., cap. III, n. 34, p. 22).

(355) GÓMEZ (loc. últ. cit.), MATIENZO (loc. últ. cit., n. 81, fol. 92), AYLLÓN (loc. últ. cit.).

(356) MANRESA, loc. últ. cit., p. 352.

(357) En su último considerando la S. 14 julio 1899 declara que “el fideicomiso ordenado por D. G. V. en su testamento es la institución hereditaria, porque absorbe la totalidad de los bienes de la sucesión, y porque el testador dispone además expresamente que se convierta en herencia absoluta si fuese contradicho; y que dicho testamento no contiene mandas ni otras cosas de las que la ley 1.^a, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación ordena guardar en el caso de que por no existir o quedar destituida la institución hereditaria se abra la sucesión abintestato; y por lo tanto, que ni dicha ley recopilada, ni la jurisprudencia de su tenor se oponen, como se pretende en el motivo sexto, a la nulidad del testamento y de la totalidad del fideicomiso que declara la sentencia, ajustándose a la ley 1.^a, tít. 8.^o, Partida 3.^a, y salvando los gastos hechos por razón del fallecimiento y la conservación del caudal, que son los correspondientes al albaceazgo”.

(358) Criterio que concuerda con el que hemos visto sostenido por CARRUJAS para la sustitución pupilar en cosa cierta (cfr. *supra*, not. 352).

(359) Cfr. nuestros *Apuntes de Derecho sucesorio*, II Parte, § 4.^o C, ed. sep., p. 247, y A. D. C., V-III, julio-septiembre 1951, pp. 855 y ss.

(360) Cfr. CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 79 y ss., y GARCÍA-BERNARDO, op. cit., pp. 121 y ss.

(361) Cfr. CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 66 y ss.

— ¿es debida a una razón formal?: Desaparecida la formalidad interna de la institución de heredero para la validez de los testamentos y cancelada su diferencias con los codicilos no parece que pueda sostenerse tal razón.

— ¿debe entenderse fundada en una presuposición de la voluntad del testador?: De ser así, sólo podría justificarse partiendo de la distinción de preterición errónea e intencional y de asimilar la intencional a la desheredación injusta, y estimando que el testador, cuando dispone a título de legado, es porque quiere que el legado se mantenga incluso en caso de preterición errónea. Solución contraria a la clásica; pero que sería la única congruente. Ya que no parece lógico, de una parte, distinguir por sus efectos entre preterición intencional y desheredación injusta —lo que sólo podría justificarse sentando que los mayores efectos invalidatorios de la preterición intencional tienen carácter de sanción—, y, de otra, permitir atenuar o eliminar esa diferencia conservando la validez de las disposiciones hechas a título singular.

d) *Las instituciones en cosa cierta*, si conforme al artículo 768 deben entenderse como legados, no deben invalidarse en caso de preterición. Sin embargo, para quienes creemos que el artículo 768 es de carácter interpretativo de la voluntad del testador, y no imperativo (362), pueden en ciertas circunstancias resultar verdaderas instituciones afectables por los efectos invalidatorios de la preterición.

e) *Las instituciones de cuota limitadas a todo o parte del tercio de libre disposición*, de ser cierto el criterio de aquellos autores (363) que las estiman legados parciales, quedarían indemnes a pesar de la preterición cometida. Sin embargo, también en este caso habrá que atender a la intención del testador para saber si realmente ordenó una institución o un legado y aplicar, en consecuencia, una u otra solución (364).

f) *Las mejoras* están expresamente recogidas en el último inciso del artículo 814. Pero no han dejado de suscitar dudas respecto de algunos supuestos, tales como los de mejora de cuota atribuida a título de herencia, de mejora embebida en la institución de heredero universal (365) y de disposiciones del tercio libre a título de heredero hechas con la finalidad de desigualar a los descendientes (366).

Creemos —como Cámara— (367) que el artículo 814 habla de me-

(362) Cfr. nuestros *Apuntes...*, II, § 2.º, D, d, ed. sep., pp. 171 y ss., y A. D. C. IV-IV, pp. 1402 y ss.

(363) Cfr. JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, *El acrecimiento en la mejora*, loc. cit., pp. 527 y ss., y FRANCISCO GINOT LLOBATERAS, *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral*, en A. D. C. III-IV, pp. 1093 y 1097.

(364) Cfr. CÁMARA, loc. últ. cit., pp. 80 y ss.

(365) Cfr. nuestra conferencia *La mejora tácita* VI, 1, en *Anales de la Ac. Matr. del Not. T. VIII*, pp. 53 y ss.

(366) Cfr. *La mejora tácita*, VII, 1, loc. cit., pp. 83 y ss.

(367) CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., pp. 74 y ss.

joras sin distinguir de la clase que sean, por lo cual estima que en principio todas deben incluirse entre las salvaguardadas de la invalidación, salvo de que se trate de preterición errónea y resulte evidente de la interpretación del testamento que el testador no le habría otorgado en perjuicio del preterido (368).

35. *¿Qué efectos produce la invalidación de la institución por preterición con respecto a la partición efectuada sobre la base del testamento en el que se incurrió en ese vicio?*

Según el artículo 1.080 C. c.: “*La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.*”

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha aclarado en S. 15 octubre 1957, en segunda sentencia, que: “el artículo 814 se refiere a un caso típico, restringido, de preterición, a la de los herederos forzados en línea recta, padres e hijos, por lo que, dadas las razones expuestas, no puede serles aplicado el artículo 1.080 del Código civil, porque éste se refiere simplemente a la preterición de los herederos en la partición, no a los que lo sean por preterición testamentaria, ya que para los injustamente desheredados se aplica el artículo 851 que da la misma solución que el 1.080, lo que pone bien a las claras de manifiesto la voluntad del legislador, al expresarse de forma diferente en ambos, en el 814 que debe aplicarse a los herederos forzados, como precepto especial de preterición testamentaria frente a la general de preterición particional que lo mismo alcanza a la sucesión testada que a la intestada, y que no comprende, según sus términos literales, preterición distinta que la hecha por los intervenientes en la partición, que son también los únicos a que pueden referirse el dolo o la mala fe determinante de su nulidad”... “ha de concluirse que la nulidad de la institución de herederos arrastra en el presente caso la nulidad de las operaciones divisorias llevadas a cabo por contador y protocolizadas en la competente notaría el 28 de febrero de 1947, con mayor razón, porque teniendo que cumplir el contador, como testamentario que era, la voluntad del testador, y ahora por efecto de la nulidad de la institución, entran los abiertos, únicos y verdaderos sujetos de la partición, obligados, sin embargo, a respetar las mandas y mejoras conforme a los términos legales estrictos.”

Menos radicales se mostraron las SS. 11 marzo y 22 mayo 1950, que tampoco admitieron la aplicación del artículo 1.080 C. c., pero con referencia a su respectivo supuesto de hecho concreto. En el de

(368) CARCIA-BERNARDO (loc. cit., pp. 126 y ss.) se muestra conforme si la institución es en el tercio de mejora, y en contra si va embebida en la institución de heredero.

la primera, el preterido era hijo natural y los instituidos unos entenidos— hijos de un anterior matrimonio de la finada esposa del testador—, y la partición anulada comprendía conjuntamente los bienes de la herencia de ésta —es decir, de su madre—, de la que los instituidos continuaban siendo los únicos herederos, y los de la de su padrastro, de la que —por haberse invalidado la institución— resultaba único heredero el hijo natural de ésta. En el de la segunda no se había practicado realmente partición alguna, pues la instituida era la única hija legítima del testador demandada por una hija natural de ésta. Ambas sentencias razonaron en sendos considerandos (369) para demostrar que no había violación del artículo 1.080 precisamente en sus respectivos supuestos, sin excluir que pudiese tener aplicación en otros supuestos de preterición, sino más bien presuponiendo que podía tenerla.

A juicio nuestro, hay casos en los cuales no parece que deba excluirse la aplicación del artículo 1.080, si la partición se realizó sin dolo (370), con exclusión sólo del preterido sin variar los demás interesados, por coincidir, con la sola adición de aquél, los llamamientos testamentarios invalidados y los abintestato (v. gr., en el supuesto de preterición de un hijo e institución de los demás por partes iguales).

(369) La S. 11 marzo 1950, en su segundo considerando, razonó que la violación del art. 1.080 del Código civil “carece de realidad porque la circunstancia de que, según se reconoce por la parte demandada, en la escritura de partición de 9 de septiembre de 1942, se distribuyesen conjuntamente las herencias de don J. V. Z. y de la esposa premuerta, con indudable confusión de ambos patrimonios, venía a hacer imposible la aplicación de lo prevenido en el referido precepto del Código civil, porque en lo tocante a la herencia de don J. V. Z. no tenía que concurrir el actor con ningún otro heredero, ya que los intervenientes en la mencionada escritura resultan extraños a la dicha herencia en virtud de la nulidad del testamento del dicho causante, que deja sólo al actor en el derecho a que le sea adjudicado el caudal líquido relictio en aquélla, y no podría abonársele al demandante, a tenor del precepto que se dice infringido, la parte que le correspondiera sin previamente deshacer la confusión de patrimonios realizada en la tantas veces repetida escritura particional, lo que forzosamente requeriría la anulación de las operaciones divisorias efectuadas, y proceder, con delimitación de ambos acervos hereditarios, a realizar nuevas operaciones...”.

La S. 22 mayo 1950, en la última parte de su segundo considerando, explicó que no se deben “de tener en cuenta las alegaciones que hace el recurrente sobre la validez y firmeza de la resolución judicial que aprobó el inventario de los bienes del causante y las cuentas de liquidación de los mismos formulada uno y otras por la demandada exclusivamente, porque tramitado el procedimiento originario de aquella resolución judicial como acto de jurisdicción voluntaria con las características de unilateralidad que le son propias, no tuvo en aquél intervención alguna el actor, ni podía procesalmente tenerla, ya que se trataba de la ejecución de una disposición testamentaria de la que aparecía en absoluto desconocida su existencia, de igual manera que no le estaba permitido, para el ejercicio de la acción esgrimida, como insinúa el recurrente, la utilización por vía analógica de la norma contenida en el artículo 1.080 del Código civil, porque además de tratarse de un supuesto distinto, faltaba la base de una partición legalmente practicada”.

(370) Cfr. CRUZ AUÑÓN, loc. cit., p. 567.

Tampoco creemos que la designación de contador partidor sea invalidable por virtud de la preterición, ni que por causa de ésta resulte imposible el ejercicio de su misión. Ciento que el contador partidor debe realizar la partición de acuerdo con la voluntad testamentariamente expresada por el *de cuius*, pero siempre debe adecuarla a ley —así tenemos su deber de respetar las legítimas, implícito en el artículo 1.075 en rel. con el 1.057 C. c.—, y también cabe que el testador designe contador partidor sin hacer disposición de bienes, remitiéndose a los llamamientos legales. No vemos, pues, incompatibilidad en que actúe el contador partidor testamentario, aunque se invalide la institución de herederos, ni en que la partición hecha por éste sólo sea rectificada si no necesita más modificación que la entrega al preterido de su parte. La *ratio iuris* en estos supuestos del artículo 1.080 no contradice la del 814 si se entrega *in natura* al preterido su cuota *ab intestato* deducidas, en cuanto la amengüen sin inoficiosidad, las mandas y mejoras.

36. *Propuestas de Derecho constituyente.*

En el terreno del Derecho constituyente, creemos que para regular los efectos de la preterición deberían distinguirse cuatro supuestos:

a) *Preterición intencional*, que, por las razones antes expresadas (371), debería dar lugar a los mismos efectos que la desheredación injusta.

b) *Preterición debida a error optativo, u olvido de un nombre*, a la cual parece que lo más adecuado sería la aplicación del criterio del actual artículo 814, latamente interpretado en sus excepciones, es decir, la invalidación de la institución en la que se padeció el olvido de un nombre, respetando los legados y las mejoras, inclusive las tácitas embebidas en la institución e incluso las hechas con aplicación al tercio libre, así como las instituciones de cuota referidas concretamente a la de libre disposición, o a parte de ésta, y que no estén asignadas a todos los legitimarios no preteridos.

c) *Preterición errónea, propiamente dicha, debida a supervivencia de hijos que se creían fallecidos o al ulterior nacimiento de otros hijos*, que en principio debería dar lugar a la invalidación no sólo de la institución de heredero, sino de las demás disposiciones de tipo patrimonial (372), a no ser que de la interpretación del testamento,

(371) Cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, loc. últ. cit., pp. 541 y ss. nota, y CÁMARA ALVAREZ, loc. últ. cit., p. 67.

(372) Cfr. las críticas al sistema del art. 814 formuladas por ROCA SASTRE en sus *Notas al Kipp* (vol. II, § 130, 1, p. 287), a las que PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, V-III, cap. II, 2, C, p. 209) añade que: "Resulta curioso que, mientras en las donaciones dispone el Código su revocación cuando el donante tenga, después de otorgarlas, hijos legítimos o legitimados, o naturales reconocidos, aunque sean póstumos, o cuando resulte que vive el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando éste hizo la donación (art. 644), en las dis-

conforme al artículo 675 C. c., resulte que la voluntad del testador fuese otra. Así, en caso de preterición de todos los hijos o del único, la nulidad de la institución de herederos y de los legados debe ser total; en cambio, de tener más hijos el testador y haberles instituido por igual y haber otorgado alguna disposición a favor del cónyuge viudo en usufructo o de la totalidad de la parte libre debería entenderse que su intención es mantener esta disposición por no poder presumirse que en la intención del testador se hallara la de favorecer al hijo o hijos preteridos más que a los instituidos.

d) *Preterición de descendientes de un hijo premuerto que no había sido preterido*, casos en los que parece preferible aplicar la sustitución vulgar tácita (373) si no se probare ser otra la intención del testador, en cuyo caso se trataría de una preterición intencional.

En contra de estas distinciones, creemos que sólo puede argüirse la dificultad de distinguir la preterición intencional de la errónea (374). Pero creemos que la preterición errónea propiamente dicha resulta objetivamente en caso de nacimiento de póstumos, y es fácil de probar relacionando el tenor del testamento con la situación *de facto* coetanea en el supuesto de supervivencia del hijo que se creía fallecido, ni más ni menos que en el supuesto de revocación de donaciones por dicha causa. En cuanto —si bien la prueba de que la preterición es intencional y no es debida a error optativo puede resultar del mismo testamento— para caso de duda admitimos que se la considere debida a error si éste es verosímil.

C) *Efectos de la preterición en las regiones y territorios de Derecho especial o foral.*

a) *En Cataluña.*

37. *Antes de la Compilación.*

La discusión acerca del alcance de la Novela CXV, cap. III y de la *Authentica "Ex causa"*, no ha sido ajena a la doctrina catalana moderna. En general ha predominado el criterio que da lugar al juego de la *querella inofficiosi testamenti* para lograr la rescisión de la institución de herederos, subsistiendo las demás disposiciones testamentarias (375). Pero no han faltado defensores de la nulidad total del

posiciones testamentarias no siga el mismo criterio y englobe supuestos tan diferentes como la omisión de póstumos.”

(373) Cfr. CÁMARA ALVAREZ, loc. cit., II, pp. 21 y ss.

(374) Cfr. CÁNOVAS COUTIÑO (Coment. a la Res. 14 agosto 1959, R. C. D. I., XXXII, nota 7, p. 807) y GARCÍA-BERNARDO (op. cit., pp. 106 y ss.).

(375) Cfr. JOSÉ COMES, *Viridarium Artis Notariatus*, trad. al castellano *Tratado Teórico práctico del Arte del Notariado*, vol. II (Barcelona, 1875), n. 1147 (p. 47); VICENTE GIBERT, *Teórica del Arte de Notaría* (3.^a ed. castellana), Barcelona, 1875), Parte II, Cap. I, Tit. IV, n. 6 (p. 231); MANUEL

testamento por el viejo *ius dicendi nullum* (376). Ni quien haya distinguido según fuesen los preteridos hijos en potestad o emancipados (377).

El Tribunal Supremo, en S. 21 octubre 1891 (378), aplicó en caso de preterición de un hijo en potestad la doctrina de la nulidad del testamento, conforme al Dig. XXXVIII-II, 10, solución que también parece aceptada —si bien en un caso de preterición errónea— por la S. 4 mayo 1966, referida a un supuesto anterior a la Compilación; mientras que en SS. 7 marzo 1887 (379) y 9 enero 1897 (380), apli-

DURÁN Y BAS, *Memoria de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña* (Barcelona, 1883), Parte 6.^a, cap. 3.^o, p. 187; GUILLERMO M.^a DE BROCA Y JUAN AMELL, *Instituciones del Derecho Civil Catalán*, vol. II (Barcelona 1886), § 755, p. 445; JOSÉ PELLA Y FORGAS, *Código civil de Cataluña*. T. III (Barcelona, 1918), art. 814, p. 269; ANTONI MARÍA BORRELL I SOLER, *Dret Civil Vigent a Catalunya*, V-II (Barcelona, 1923), § 508, p. 438.

(376) Cfr. JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG (*Dictámenes* —Barcelona, 1920— dict. 174, pp. 175 y s.), que se basó fundamentalmente en la interpretación *sensu contrario* de la constit. 2, tít. II, Lib. VI, vol. I. Esta declaró que si se menciona al hijo aunque no sea por derecho de institución “el testamento por esto no debe tenerse por irrito o nulo”; luego, en caso contrario —según ALMEDA—, la nulidad se refería al testamento. A su juicio, sólo con una resolución legislativa podía ponerse término a la controversia acerca de cuál es el sistema de la Novela CXV (nulidad, inoficiosidad o mixto).

También FRANCISCO MASPONS Y ANGLASELL (*Nostre Dret Familiar* —Barcelona, 1908—, n. 269, p. 134) que se apoya en textos de CÁNCER (Parte I, cap. IV, nn. 32, 35 y 42). Pero es de advertir que esos textos se refieren al Derecho anterior a las Novelas de Justiniano, ya que CÁNCER (*Variarum Resolutionum Juris Cesarei, Pontifici et Municipalis Principatus Cathaloniae*, Parte I, cap. IV, n. 52; cfr. ed. Lugduni 1712, p. 87), con referencia al Derecho novísimo, advirtió: “quod hodie si defectu praeteritionis, vel exhereditationis, testamentum corruit, tantum corruit quoad institutionem: nam caetera in testamento scripta, libertates, tutelae, legata, et fideicommissa particularis quibuscumquea relicta, et his similia valevit dict. auth. *ex causa*”; y, en el n. 57 (p. 88), distinguió la preterición intencional, a la que consideró aplicable el Derecho nuevo incluso tratándose de hijos en potestad, y preterición errónea, a la que entendió que era aplicable el Derecho antiguo.

(377) FÉLIX MARÍA DE FELGUERA, Notas a la ed. cit. de la *Teórica...* de GIBERT, loc. y pág. cits., nota, para el resto de Cataluña (deducida Barcelona) exceptuó de la restricción de la nulidad a sólo la institución, el “caso de preterición de un hijo por el padre que lo tiene en su poder, la cual anula el testamento”.

(378) La S. 21 octubre 1891, en su primer considerando, explicó “que, con arreglo a la ley 30, tít. 2.^o, libro 28 del Digesto, entre las cosas que son necesarias para ordenar el testamento, es lo principal instituir herederos a los hijos o desheredarlos, para que por su preterición no se rompa el testamento, pues preterido el hijo que está en potestad es nulo el testamento”. Y en el siguiente considerando se precisa que, siendo nulo el testamento, “ha podido don..., ejercitarse la acción de nulidad, precedente como recurso ordinario, y no la de inoficioso testamento...”.

(379) La S. 7 marzo 1887 consideró “que la acción para quejarse de la preterición en testamento sólo puede utilizarse en el término de cinco años, contados desde que el heredero instituido entrase en la herencia...”.

(380) La S. 9 enero 1897, en su primer considerando declaró “que la Novela 115 no sólo se refiere a las desheredaciones, como indica en su epígrafe, sino que además, y según explica la *Authentica* al final del tít. 28, libro 6.^o Có-

có el criterio de la rescisión de la institución conforme la Novela CXV y la Authentica *Ex causa*.

La cuestión tiene importancia para la determinación del plazo de prescripción: de treinta años, según la S. 21 octubre 1891 y como opinó Almeda (381), o de cinco, según la S. 7 marzo 1887 y la opinión de la mayoría de la doctrina (382).

Los efectos de la preterición no obraban *ipso iure* (383), sino que era preciso el consiguiente ejercicio de la acción para invalidar la institución. Esta se mantenía eficaz: 1.º Por renuncia expresa del legitimario. 2.º Por su aprobación del testamento expresa o consecuente por hechos que la presupongan. 3.º Por desistimiento de la acción. 4.º Por prescripción (384).

Además, los efectos invalidantes de la preterición quedaban atenuados:

a) *Por el uso de la cláusula codicilar*, en virtud de la cual no sólo el testamento valía como codicilo y los legados eran debidos por los herederos abintestato, sino que éstos también se veían rogados a restituir la herencia por vía de fideicomiso a los herederos instituidos (385). Efecto que Peguera (386) y Cancer (387) estimaron evidente en el supuesto de preterición de hijos ya nacidos, y que Ripoll (388) consideró extensivo al supuesto de institución de un extraño y preterición de un hijo, en el cual “*sustinetur testamentum in vim clausulae codicillaris, et filius tenetur tamquam succedens intestato, et gravatus in codicillis, restituere hereditatem illi, quo scriptus est heres in testamento*”. Solución de la cual —como luego veremos— no discreparon los primeros autores citados, siempre que la preterición se hubiese hecho intencionalmente.

b) *Por el Privilegio dado a Barcelona* en 1339 por Pedro el Cерemonioso (Constit. vol. II, lib. VI, Prag., tít. I, I^a), no se reputaba

digo, comprende de una manera expresa las pretericiones, igualando en sus efectos las unas a las otras y poniendo término a las consecuencias que venían estableciendo en la materia las disposiciones de la Instituta y el Código...”.

(381) ALMEDA, dict. y loc. cit.

(382) La prescripción quinquenal no corre contra los menores (Cod. II-XLI, 2) y puede suspenderse *ex magna causa*, p. e., mientras se discute la validez del testamento (Dig. V-II, 8, § 17, 12, § 2º, y Cod. III-XXVIII, 16). Cfr. BORRELL I SOLER, op. y vol. cits., § 508 (p. 441).

(383) BORRELL I SOLER, op. y vol. cits., § 508, p. 438 y nota 25.

(384) Cfr. COMES, op. y cap. cits., n. 1143, p. 46; BROCA Y AMELL, loc. cit., § 755, pp. 445 y s.; BORRELL I SOLER, op. y vol. cits., § 508, p. 437.

(385) LUDOVICO DE PEGUERA (*Decisiones Aureae*, cap. 110, n. 2, cfr. ed. Barcinonae 1605, fol 305) observa que los efectos sanatorios de la cláusula codicilar “*non solum procedere quo ad legata et fideicomissa ut in auth. ex causa C. de liber. praeteri. sed etiam quo ad institutionem*”; pues (como dice en el n. 1): “*filius praeteritus virtute clausula codicilaris censemur gravatus restituere per fideicommissum hereditatem illis qui est scriptus heres in testamento*”.

(386) PEGUERA, loc. cit., n. 2.

(387) CANCER, op. cit., cap. IV, n. 60 rel. n. 59 vol. cit., p. 88).

(388) ACACIO ANTONIO DE RIPOLL, *Variae Iuris Resolutiones* (Lugduni, 1630), cap. XIII, nn. 581 y 582 (p. 460).

nuio ni podía anularse el testamento, aunque fueran preteridas las personas que según Derecho común debieran instituirse, o no se hiciera mención alguna de póstumo o póstumos, salvo su derecho a reclamar la legítima si no hubiesen sido justamente preteridos.

Por Derecho de Tortosa, la preterición producía un efecto semejante al causado por Derecho general de Cataluña. No había preterición si se dejaba la legítima a título de legado, aunque fuera en dinero. Instituido un heredero extraño con preterición de un hijo, se invalidaba la institución (salvo los efectos de la cláusula codicilar). En cambio, si el testamento no contenía institución de heredero (cosa posible en las *Costums* de Tortosa), el preterido sólo podía reclamar su legítima (389).

Pero las atenuaciones de los efectos de la preterición, debidos a la *Authentica Ex causa* (validez de los legados y los fideicomisos), o al uso de la cláusula codicilar (validez no sólo de legados y fideicomisos, sino incluso de la institución convertida en fideicomiso, salvada la legítima del preterido) o al Privilegio de Barcelona de 1339 (valor total del testamento, salvadas las legítimas) se estimaron, sin embargo, que no debían tener efecto en caso de preterición errónea.

El problema se planteó fundamentalmente tratándose de póstumos “*ignoranter praeteritus*”.

a) Se discutió la aplicación de la *Authentica Ex causa* en caso de preterición de póstumos. Cancer (390) opinó que “si testator ignoranter praeterierit posthumum”, “dicta Authent locum non habet, et veteri iura manent incorrecta: et sic l. princ. C. de posthu. her. instit. [Cod. VI-XXIX, 1] tali casu locum habet”, pero: “Si vero testator scienter praeterierit posthumum, vetera iura corriguntur per d. Auth. ex causa, et ea locum habet”, según la opinión de Bartolo.

β) La eficacia de la cláusula codicilar fue negada en caso de preterición errónea de póstumos. Pero tanto Peguera (391) como Cancer (392), subdistinguieron finamente: según la cláusula estuviera redactada sólo con palabras de presente o también con palabras de futuro (v. gr. la fórmula “*si non valeat iure testamenti, valeat iure codicilorum*”, son palabras de presente; pero la fórmula “*si non valet, vel*

(389) Cfr. JOAN MARTÍ i MIRALLES (*Principis del Dret Successori*, Tercera Lectura, Tortosa, cfr. ed. catalana Barcelona 1925, pp. 121 y ss., y ed. castellana Madrid 1964, pp. 115 y ss.). A su juicio, en el segundo caso, el preterido reclamante de la legítima la recibía como heredero universal gravado, fuera de la legítima, con los legados y fideicomisos ordenados en el testamento, es decir, en cuanto no resultaren inoficiosos.

(390) CANCER (op. cit., Pars I, Cap. IV, n. 57, cfr. ed. cit., vol. I, p. 88).

(391) PEGUERA, Desc. cit., nn. 304 y ss. El caso resuelto en la Decisión comentada por este autor se refería a la eficacia de un testamento con cláusula codicilar, en el cual se había instituido heredero al hijo varón, que fue discutida porque el testador, que tenía otros hijos, prefirió a una hija, que al tiempo del testamento ni siquiera estaba concebida, por lo que se la calificaba de *ignoranter praeterita*.

(392) CANCER, op. cit., Pars I, cap. IV, nn. 45 y ss. (p. 86) y 59 y ss. (p. 88).

valevit...", etc., contiene también palabras de futuro) (393); según el testador hubiese tenido tiempo o no de cambiar el testamento (394), y según fuese otro hijo o un extraño el heredero instituido (395).

Así estimaron eficaz la cláusula codicilar, aun en el caso de preterición de póstumos, si estaba redactada con palabras de futuro y el instituido era un hijo (396). Pero no en los supuestos en que tal preterición debiera calificarse de *ignoranter*, pues en esos casos "*quod testamentum tunc non tam dicitur ruptum causam praeteritionis, quam ex causa defectus voluntatis disponentis*" (397) y "*quia clausula co-*

(393) La distinción de los efectos de la cláusula codicilar según se expresa sólo con palabras de presente o también con palabras de futuro, había sido ya planteada antes de Bartolo, quien al comentar la *Authentica "Ex causa"* (op. y loc. cits., n. 24, ed. cit., fol. 26 vto.) observó que "quando praeteritus est posthumus, tunc est necesse secundum Dynus et alios, quod dicatur, *si non valet, vel valevit*. Nam si diceret, *si non valet tantum, tunc ruptu* testamento per nativitatem posthumus nullius esset effectus haec clausula quia certum est testamentum valere quando testator moritur, licet postea irritetur, et a condicio deficeret...". Le siguieron Peguera (n. 6) y Cancer (nn. 62 a 65). Según éste si dicha cláusula "est concepta per verba futuri temporis", "tunc filius posthumus est scienter praeteritus, operatur fideicommissi, non obstante posthumus praeteritione" (n. 62), pues "praesumi testatorem de liberis cogitasse, si conceperit clausulam codicillarem per verba futuri temporis", tal como el mismo dictaminó con otros Doctores, cinco en total, respecto al testamento del banquero de Villafanca del Panadés, Antonio Casanovas (n. 64). Si bien, tanto Peguera (n. 7, fol. 306 vto.) como Cancer (n. 65) limitaron esta solución al supuesto de que otro hijo hubiese sido instituido heredero, y la excluyeron para el caso de ser instituido un extraño, en el cual no admitieron la eficacia de la cláusula codicilar ni siquiera aun cuando se hubiese redactado con palabras de futuro.

Respecto la redacción de la cláusula codicilar con palabras de futuro, cfr. RAMÓN FAUS ESTEVE, *Fórmulas viejas y nuevas. La cláusula codicilar*, en La Notaría, año LXXIX, primer trimestre 1944, p. 68, y FRANCISCO GINOT LLOVATERAS, *La antigua cláusula codicilar y la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, VI, 2, B, b, d', en Centenario de la Ley del Notariado, Sec. II, vol. I, p. 624.

(394) Cfr. PEGUERA, Desc. cit., n. 6 (fol. 306), que señala el plazo de un año; y CANCER, loc. últ. cit., nn. 45 a 48 (p. 88). Este último autor indicó el criterio favorable a la ineficacia de la cláusula codicilar en el caso de fallecer el testador sin tiempo de modificar el testamento después de nacido el póstumo; y, a la inversa, su opinión en favor de la convalecencia de la misma cuando en principio se reputara ineficaz si el testador pudiendo modificar el testamento no lo hiciere. Y FONTANELLA (*Tractatus De Pactis Nuptialibus*, Cláusula V, gloss. VIII, Pars III, n. 65 —cfr. ed. Lugduni 1667—, vol. II, p. 106), quien explicó que el efecto era debido "propter virtutem clausulam codicillarem".

(395) Cfr. PEGUERA (n. 7): "Et quod licet quando extranei sunt instituti, sit inter doctores controversum, an clausula codicillaris opperetur suum effectum etiam verbis futuris concepta, si posthumus fuit ignoranter praeteritus, attamen aequior et benignor visa fuit opinio eorum qui tenent partem affirmativam quando filii sunt instituti". Y CANCER (n. 65): "Hanc opinionem, quam et ipse secutus sum veram puto, ubi alter filius esset institutus, secus si extraneus, quia tunc non operari, per quaecumque verba sit facta, puto ex eo quod non concurrant eo casu voluntas disponentis."

(396) Criterio de la Decisión de la Real Audiencia de Cataluña de 29 octubre 1597, que reseña PEGUERA (Desc. cit.).

(397) CANCER, loc. últ. cit., n. 42, (p. 86).

dicillaris, nec omni meliori modo, numquam supplet defectum voluntatis" (398).

γ) Cancer (399) aplicó igual doctrina al Privilegio dado a Barcelona por la Pragmática de 1339, y sostuvo que éste no debía aplicarse en caso de preterición *ignoranter* de un póstumo, habiéndose instituido heredero a un extraño, pues en ese caso "ultra vitium praeteritionis adesset defectum voluntatis" (400).

Pella y Forgas (401) ha opinado, en cambio, que en los casos en que hubiese mediado "tiempo sobrado entre la aparición del hijo y la muerte del testador para mudar la voluntad del testamento", debía aplicarse la Pragmática, pues ésta "no admitía dudas, tal está su contexto", "sin que signifiquen cosa alguna las apreciaciones de que no es natural prefiera a extraños y no a los hijos propios, pues concretamente la Pragmática con las palabras *quae de iure communi institui habent* se refieren a los hijos y descendientes que debieran ser nombrados y no lo fueron".

A parte de estas cuestiones hemos de recordar que, como antes hemos visto, los efectos específicos de la preterición no se producían en la de los ascendientes ni en la de los hermanos pospuestos a *turpis persona*, que sólo podían reclamar su legítima. Y también es de notar que los heredamientos no eran rescindibles por preterición conforme la costumbre del tit. IX, lib. VIII, vol. I de las Constituciones de Cataluña, que sólo permitió al descendiente preterido en capítulos que rescindiera el heredamiento en cuanto al importe de su legítima (402).

38. *Después de la Compilación.*

Al tratarse de recopilar el Derecho catalán, Durán y Bas, en su Memoria (403), opinó que: "El Privilegio como favorable a la li-

(398) CANCER, n. 45 (p. 86).

(399) CANCER, op. cit., Pars I, cap. IV, cit., nn. 40 y ss. (vol. cit., pp. 85 y s.), y Pars III, cap. II, n. 185 (vol. III, ed. Lugduni 1683, p. 40). En el primer núm. cit. expone Cancer el supuesto de su dictamen: La viuda de un ciudadano de Barcelona, que no tenía hijos, dispuso en Barcelona su testamento en el que instituyó heredera a una hermana suya, sin mencionar hijo alguno, que entonces no tenía. Más tarde contrajo segundas nupcias, de las que tuvo una hija, en Italia, y diez días después del parto falleció sin haber otorgado otro testamento. Cancer estimó el supuesto de preterición erronea y nulo el testamento.

(400) CANCER, Pars I, cap. IV, n. 44 (p. 86).

(401) PELLA Y FORGAS, op. y vol. cits., art. 814, pp. 272 y s. Refiere Pella el pleito entablado por los albaceas de don Luis de Queralt: La Condesa de Santa Coloma había otorgado en Barcelona su testamento, en el que instituyó heredera a cierta Causa Pía, y legó a su hijo Dalmacio, por sus derechos de legítima y trebelianica, unas fincas en Moncada y Badalona. Este tuvo trágico fin en el Corpus de sangre de 1640, y poco después murió su madre. Empeñóse el litigio acerca de si por preterición del nieto, don Luis de Queralt, debía anularse el testamento.

(402) Cfr. BORRELL I SOLER, op. y vol. cits., § 508, nota 2, p. 434.

(403) DURÁN Y BAS, *Memoria...*, cit., p. 189.

bertad de testar, es conveniente sostenerlo; y si alguna alteración debiese hacerse en este punto en el Derecho en Cataluña vigente, sería extender a todo el resto de ella el privilegio concedido a su Capital. Pero en cuanto a la preterición del póstumo, es necesario distinguir entre si el testador tenía conocimiento, al tiempo de otorgar el testamento, de que estaba su esposa encinta o lo ignoraba. En el primer caso, el testador hubo de tener presente al póstumo, y si no le instituyó heredero, es porque no quiso; la condición del póstumo, pues, ha de ser en este caso igual a la del nacido. Pero cesa la presunción de que no le quiso instituir, y, por consiguiente, el motivo de respeto a la libertad de testar, cuando el padre ignoraba que su esposa llevase un hijo suyo en su seno: y para este caso debe modificarse el Privilegio concedido a los ciudadanos de Barcelona".

Roca Sastre (404) nos ha explicado cómo este criterio ha determinado la redacción del artículo 41 de la vigente Compilación, que en general conservó la legalidad vigente: "Y si alguna reforma introduce, es para dulcificar los excesivos efectos destructores de la preterición de descendientes legítimos, limitándose para ello a extender a todo Cataluña la fórmula racional instaurada para Barcelona por la célebre Pragmática de Pedro III de 1339, tal como fue interpretada por Cáceres y los demás juristas clásicos que le siguieron, a base de distinguir entre la preterición querida, intencional o voluntaria, y la preterición erronea o involuntaria".

Así, el artículo 141 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, en sus §§ 2.^o, 3.^o y 4.^o, dice así:

"La preterición de legítimario no dará lugar a la nulidad del testamento; pero al preterido le quedará a salvo el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda".

"Sin embargo, la preterición de legítimario que sea hijo o descendiente legítimo del testador, nacido o que haya llegado a ser legítimo después de otorgado el testamento o cuya existencia ignoraba el causante al testar, constituirá preterición erronea y conferirá al legítimario preterido acción para obtener la nulidad del testamento".

"El descendiente del causante que resulte ser legítimario por derecho de representación y resulte preterido según las normas anteriores, no tendrá derecho a ejercitarse la acción por preterición erronea si no hubiese podido ejercerla su representado de haber sobrevivido al causante".

Completa la materia, siguiendo también el criterio del Derecho anterior, el artículo 66, § 2.^o: *"Los heredamientos no quedarán en ningún caso sin efecto por causa de preterición ni por supervivencia ni supervivencia de hijos, sin perjuicio del derecho de los legítimarios a reclamar su legítima"*.

En resumen podemos concluir: 1.^o) Que la preterición intencional

(404) ROCA SASTRE, *Los elementos componentes de la Compilación*, en "Comentarios a la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña" de la Ac. de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona —Barcelona, 1891—, pp. 15 y s.

ha dejado de producir los efectos típicos de la preterición, ni siquiera los limitados de la Novela CXV y la Authentica *Ex causa*, y ha quedado asimilada totalmente a la desheredación injusta o a la con causa no probada (art. 41, § 5.º) en sus efectos limitados a no poder reclamar el preterido sino su legítima.

2.º) Que la *preterición erronea de un hijo o descendiente legítimo del testador*, produce los efectos ampliós de conferir al legítimario preterido acción para obtener la nulidad del testamento.

Así resulta del § 3.º del artículo 141, del cual puede deducirse:

I) La extensión del régimen barcelonés de la Pragmática de 1339, interpretada conforme el dictamen de Cancer a todo Cataluña (405).

II) Que el valor subsidiario como codicilo —que *ex lege* se atribuye en el art. 106 a los testamentos y que hace innecesaria la expresión de la cláusula codicilar—, deja de jugar en cualquier caso de preterición, por ser innecesaria en la intencional e ineficaz en la erronea. Esto último lo confirma el artículo 106 de la Compilación al prevenir que: “*El testamento ineficaz valdrá como codicilo si reúne las condiciones de tal y no es nulo por preterición erronea de legítimos*” (406).

III) Que en caso de preterición intencional de todos los hijos, excepto uno, instituido heredero, la preterición sobrevenida de uno o varios póstumos no debe entenderse erronea, sino también intencional; en cuanto que la preterición previa de los hijos nacidos, excepto uno, demuestra que el causante tuvo genéricamente presentes a todos sus hijos actuales o futuros, ya que sólo a uno quería dejar toda su herencia (407).

IV) Que la preterición erronea no da lugar *ipso iure* a la nulidad del testamento, sino que sólo concede al preterido acción para obtenerla, y que, por tanto, sólo él podrá ejercitárla y no cualquier interesado aunque se trate de otro legitimario no preterido. En cuanto a su trasmisión, creemos que sólo será posible como lo era clásicamente, es decir: *iure sanguinis* a sus descendientes, o si ya hubiese iniciado su ejercicio a sus herederos sin discriminación. La acción para pedir la consiguiente nulidad del testamento prescribe a los cinco años a contar de la muerte del causante (art. 146 Com. Cat., § 3.º), sin perjuicio de que su derecho a reclamar la legítima no prescriba sino a los treinta años (art. 146, § 1.º).

(405) Como ha hecho notar GINOT LLOVATERAS (loc. cit., nota 53, p. 636), la extensión a toda Cataluña del Privilegio de 1339, para el caso de preterición intencional, ha venido favorecida por el uso constante en la práctica de la cláusula codicilar.

(406) GINOT (loc. y pág. últ. cit.) ha explicado que, hoy, en la preterición erronea se presume *iuris et de iure* que el acto adolece de falta de voluntad; y que, por ello, no opera la cláusula codicilar, pues carece de *virtualidad* para suplir el defecto de voluntad o la voluntad imperfecta del otorgante.

(407) Cfr. la opinión concorde de PEGUERA (Desc., cap. 110, cit., n. 4, fol. 306) y de CANCER (Pars. I, cap. IV, n. 51, vers. *Dubitatum hisce*, p. 87).

3.º) Que *no cabe preterición errónea de los descendientes de ulterior grado*, salvo si la hubiese habido del descendiente intermedio, entre éstos y el testador, de haber sobrevivido aquél. Por lo tanto, de habersele instituido heredero, o asignado la legítima por cualquier título, o desheredado, justa o injustamente, o preterido intencionalmente, en caso de haber prémuerto, no podrán sus descendientes ejercitar acción alguna invocando su propia preterición errónea, ya que sufrida por ellos carece de trascendencia.

4.º) Que *la preterición no afecta a la validez de los heredamientos, aunque hubiese sido erronea*.

39. *En Baleares y Aragón.*

b) *En Baleares.*

Los efectos de la preterición, que antes de la Compilación balear se regulaban por la Novela CXV de Justiniano (408), hoy, al no ser regulados específicamente por aquélla, parece que deben serlo por la aplicación del artículo 814 Código civil.

Pero el uso de la cláusula codicilar puede atenuar los efectos invalidatorios de la preterición, convirtiendo la institución que adoleciera de dicho vicio en fideicomiso a cargo de los herederos abintestato, como si la disposición se hubiese otorgado en codicilo a cargo de los herederos abintestato (art. 17 Com.).

c) *En Aragón.*

Desaparecido en viejo principio “*in Regno tota hereditas est legitima*”, el Apéndice foral, en su artículo 32, concretó los efectos de la preterición a los dos tercios de legítima. Criterio confirmado por la S. 6 junio 1934 en un recurso en el cual el preterido pretendía que el artículo 32 Ap. no debía interpretarse así, sino que debía corresponderle toda la herencia (409).

(408) Cfr. MATÍAS MASCARÓ Y ALBERTY, *Derecho foral de Mallorca* (3.ª ed. Palma, 1904), Legítima, p. 163, y LUIS PASCUAL GONZÁLEZ, *Derecho Civil de Mallorca* (Palma de Mallorca, 1951), tít. IV, cap. III, sec. V, p. 216.

(409) El artículo 32 del Apéndice distinguió cuatro supuestos, en cada uno de los cuales asimiló totalmente los efectos de la preterición y de la desheredación sin causa legítima. A saber, dos supuestos de preterición total y dos de preterición singular:

§ 1.º ap. 1.º: “*La preterición o la desheredación que no tenga causa legítima no anulará la última voluntad del ascendiente sino cuando comprenda a todos los herederos forzosos, y en este caso, entre ellos se dividirán las dos terceras partes del caudal líquido como si el causante hubiese fallecido ab intestato*”.

§ 1.º ap. 2.º: “*Pero cuando entre cónyuges exista “agermanamiento o casamiento al más viviente”, cuya eficacia cesa por supervivencia de hijos, estos sucederán en la herencia entera*”.

La vigente Compilación regula la preterición total en el artículo 122, distinguiendo según fuera intencional o ignorada, y la singular en el artículo 123, manteniendo su igualdad de efectos con la injusta desheredación.

El artículo 122 dice: “*La preterición, o falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios, así como su injusta desheredación, determina:*

1.^º *La delación abintestato de dos tercios del caudal, si la existencia de todos aquéllos era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición mortis-causa.*

2.^º *La de todo el caudal, en otro caso.”*

Y el artículo 123 dice: “*El descendiente sin mediación de persona capaz de heredar preterido o injustamente desheredado, tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios”.*

Un supuesto especial de preterición es el regulado por la Compilación en el artículo 108, §§ 1.^º y 2.^º, respecto al pacto de agermanamiento o casamiento al más viviente, que dice así:

“*Dos. Habiendo hijos comunes a la disolución del matrimonio el pacto equivale a la condición de viudad universal y de la facultad de distribuir la herencia.*

Tres. No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad de poder testar, el sobre viviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primariamente fallecido.”

Efectos que deben extenderse al supuesto de testamento mancomunado con institución mutua y recíproca entre cónyuges (410), conforme resulta del artículo 95 Comp. (411).

§ 2.^º: “*También se dividirán los dichos dos tercios hereditarios al modo del abintestato cuando alguno o algunos de los herederos forzosos estén preteridos o injustamente desheredados, y los demás, instituidos por partes iguales”.*

§ 3.^º: “*Si el testador asigna a los instituidos partes desiguales, cada heredero forzoso preterido o injustamente desheredado tendrá derecho a una porción equivalente a la del menos favorecido de aquéllos. Estas porciones se detrarán de las legítimas de los instituidos a proporción de la cuantía respectiva”.*

Los legados, según este artículo, no sufren los efectos de la preterición, sino tan sólo, en su caso, los de la inoficiosidad. Así dice el § 4.^º que: “*Los legados y liberalidades que ordene el ascendiente quedarán a salvo de los efectos de la preterición o de la injusta desheredación, en tanto cuanto quepan en el tercio hereditario libre”.*

(410) MANUEL BATALLA (*La preterición en Aragón*, en I Semana de Derecho Aragonés —Jaca, 1942—, pp. 90 y ss.) estimó ya, comentando el § 1.^º, ap. 2.^º del art. 32 del Apéndice aragonés, que el criterio de éste para el caso

40. *En Vizcaya, Ayala y Navarra.*d) *En Vizcaya.*

En el Fuero de Vizcaya, la libertad de testar y la libre elección de sucesor en el caserío y sus pertenecidos, venía supeditada a que se apartaran a las demás personas de su respectivo grupo legitimario (tít. XX, leyes XI y XIII y tit. XXI, ley VI), pero ninguna disposición había precisado las consecuencias de la preterición.

Angulo (412) dedujo que “según el Fuero, la apartación es un requisito esencial de la institución de heredero, y que, por consiguiente, institución que no vaya acompañada de esta accesoria manifestación de voluntad merece, en buena lógica, el calificativo de nula”. Según Maura (413), produciría las consecuencias legales de la preterición.

Generalmente se estimó de aplicación el artículo 814 del Código civil como norma supletoria (414), aunque por algunos autor se entendió extensiva la invalidez a las segundas instituciones hereditarias y a los legados si al disponerlos no se hubiese consignado específicamente en ellas el apartamiento (415).

La vigente Compilación vizcaína, al decidir en su artículo 23, § 3.º, que los colaterales tronqueros se considerarán *tácitamente apartados*, si no se les instituye, elimina todo efecto específico de la preterición de éstos.

Sin embargo, si la preterición de los colaterales tronqueros agotase el grupo, es evidente que su derecho colectivo a los bienes troncales de su propia línea no podrá ser eliminado, y al no haber elección de ninguno por parte del causante, habrán de distribuirse entre ellos esos bienes en la forma prevista para la sucesión intestada en el artículo 33 de la Compilación vizcaína.

Nada dice, sin embargo, de los efectos de la preterición de los descendientes y ascendientes, que el § 2.º del artículo 23 parece concretarlos a la institución al considerar suficiente para que haya aparta-

de agermanamiento de invalidar totalmente la institución del cónyuge supérstite, debe extenderse al testamento en mancomún.

(411) Art. 85 Comp.: “Se entenderá, salvo declaración en contrario, que la institución mutua y reciproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el “pacto al más viviente” regulado en esta Compilación”.

(412) DIEGO ANGULO LAGUNA, *Derecho privado de Vizcaya* (Madrid, 1903), cap. V, p. 125. En igual sentido FRANCISCO JAVIER DE ARCILLONA Y LANDESA, *Erróneas interpretaciones dadas a la jurisprudencia vizcaína del Tribunal Supremo*, en An. Der. Civ. XII-II (abril-junio 1959), p. 276.

(413) ANTONIO MAURA, *Dictámenes*, vol. IV, dict. 3 (ed. Madrid 1930), p. 25.

(414) Cfr. JOSÉ SOLANO Y POLANCO, *Estudios del Fuero de Bizkaya* (Bilbao, 1918), cap. V, pp. 256 y s.; JOSÉ MARÍA DE ESJAVIERRÍA, *El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya*, en *Estudios Deusto*, n. 14 (julio-diciembre 1959), p. 444.

(415) Cfr. ARCILLONA, loc. cit., pp. 275 y s., y ESJAVIERRÍA, loc. cit., pp. 435 y ss.

miento “que conste claramente la voluntad del testador de separarlos”, voluntad que parece explícita en las mandas y legados.

Ante el silencio de la Compilación respecto de los efectos de la preterición de descendientes y ascendientes, parece que ha de aplicarse supletoriamente el Código civil, y concretamente el artículo 814 (416), y que, como consecuencia de la nulidad de la institución, entrará en juego la sucesión intestada conforme las reglas del tit. V del Lib. I de la Compilación.

e) *En Ayala.*

El Fuero de Ayala no señaló los efectos de la falta de *apartamiento*, es decir, de la preterición de los *fíos y parientes* no instituidos herederos ni designados donatarios. Debía, pues, complementarse con el Derecho común de Castilla y, luego de promulgado el Código civil, por las normas de éste debidamente adaptadas. Uriarte Lebario (417) entendió que “su preterición producirá los efectos determinados por el artículo 814 del Código civil” y los preteridos “conservarán su derecho a participar en la herencia en una cuantía que, ya que no la señalan los preceptos forales, será la que marque para las legítimas el Código civil”.

La Compilación de Vizcaya y Alava, en su artículo 63, aplicable a la Tierra de Ayala, ha precisado los efectos de la preterición, al disponer que:

“El heredero legal no instituido o no apartado expresamente con algo, podrá reclamar su legítima, pero la institución de herederos y demás disposiciones testamentarias sólo se anularán en cuanto perjudiquen a dicha legítima, entendiéndose por tal la denominada legítima larga.”

No se producen, pues, los efectos típicos de la preterición, ya que no se da lugar a la nulidad del testamento ni siquiera a la de la institución de herederos. Tampoco produce los de la desheredación injusta, según el artículo 851 C. c., que sólo invalida la institución en cuanto perjudique a la legítima estricta del ilegalmente desheredado (S. 23 enero 1959). Sus efectos son más bien paralelos a los que produce la preterición intencional en Cataluña, salvando la diversidad de cuotas legitimarias.

f) *En Navarra.*

Morales, en su Memoria, estimó que la preterición anulaba el testamento en su totalidad. Criterio que fue también el de Alonso (418)

(416) ESJAVIERRÍA, loc. cit., p. 451.

(417) LUIS MARÍA URIARTE LEBARIO, *El Fuero de Ayala* (Madrid, 1912), cap. V, p. 130.

(418) JOSÉ ALONSO, *Recopilación y comentarios de las Leyes y Fueros de*

y, más recientemente, el de Arriaga (419), según quien: "se desprende de las disposiciones del Fuero y del espíritu del mismo de nuestro sistema sucesorio, la institución en la legítima foral ES ABSOLUTAMENTE NECESARIO consignarla en el testamento, siendo, por tanto, requisito *sine qua non* PARA LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO, no solamente para la validez de la institución de heredero".

En cambio, Lacarra (420) se fija en las palabras del Fuero General de que el hijo preterido "*dove prender sua suert integrament*", y por ello cree que esa parte debe consistir en lo que le hubiese correspondido de haber instituido el padre a todos los hijos por partes iguales o haber muerto abintestato: "De manera que si, por ejemplo, un padre instituye en la legítima foral a cinco hijos, dejando olvidado a otro o bien le nace después, y en ese testamento el padre nombra heredera a la mujer, al hijo preterido le corresponde la sexta parte de la herencia de su padre y las cinco sextas partes a la heredera."

"Es decir —concluye Lacarra (421)—, que en Navarra no se rompe el testamento ni por la preterición de un hijo ni por la de un póstumo, contra lo que dispone la legislación romana, a no ser que el preterido sea hijo único, en cuyo caso se reputa inoficioso el testamento y se adjudica toda la herencia del padre al hijo preterido" (Cap. 12, tít. 6, lib. 2 y cap. 1, tít. 4, lib. 4 del Fuero General de Navarra y S. 29 octubre 1913).

La Ley 235, § 1.º, del Proyecto de 1959, dispone que: "La preterición de algún heredero forzoso determina, a petición del mismo o de su causahabiente, la nulidad de la institución." Criterio que sigue el Proyecto particular de 1967 en su Ley 230 (422), y que, en la nota correspondiente, Juan García Granero, José Javier Nagore, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D'Ors, José Javier López Jacoisti y José Arregui Gil (423) glosan diciendo que: "Este último criterio es el más conforme al Derecho romano (vid. la Nov. 115, 3, 5, 15 [14 i. f.] y 4, 9) y también del hecho de que en el Derecho navarro no es necesaria la institución de heredero para la validez del testamento."

La denominada nulidad no es absoluta ni se produce *ipso iure*, puesto que: es renunciable, no es ejercitable más que por el preterido o su causahabiente y sólo puede decretarse a petición de éstos (424).

Navarra, Comentarios a las Leyes del tit. I del lib. V (cfr. ed., Pamplona, 1964, vol. I, pp. 313 *in fine* y s.).

(419) José MIGUEL ARRAGA SAGARRA, *Libertad de testar legítima foral y desheredación en el Derecho navarro* (Pamplona, 1948), cap. IV, pp. 25 y s.

(420) VICTORIANO LACARRA Y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro*, t. II (Pamplona, 1932), arts. 806 a 822 (pp. 188 y ss.).

(421) LACARRA, loc. últ. cit., p. 190.

(422) Ley 230 del Proy. particular de 1967: "El heredero forzoso que hubiere sido preterido podrá pedir únicamente que se anule la institución de heredero y se le declare heredero conforme a la ley, quedando a salvo todas las demás disposiciones. Sólo podrán ejercitarse la acción el preterido y sus herederos".

(423) Nota a la Ley 230 del Proyecto particular de 1967 (p. 159).

(424) Cfr. Ley 235, § 1 del Proyecto de 1959 y Ley 230 del Proyecto particular de 1967.

En torno al concepto de contrato de trabajo

M. ALONSO OLEA

Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Sobre la "calidad de las personas" y su irrelevancia*.—III. *Sobre "la materia del asunto"*.—IV. *Los indicios de contrato de trabajo*.—V. *La debilitación de la dependencia*.—VI. *Las relaciones jurídicas marginales al contrato de trabajo*. A. El personal directivo. B. Los representantes de comercio. C. Las ejecuciones de obra. D. El servicio doméstico. E. El trabajo familiar. F. Trabajos benévolos e intercambio de servicios. G. Deportistas; aficionados y profesionales. H. "Personal civil" de establecimientos militares. I. El supuesto especial de los funcionarios públicos. a) Personal al servicio del Estado. b) Personal al servicio de las entidades locales. c) Personal al servicio de organismos autónomos. d) Personal al servicio de las entidades gestoras de la Seguridad Social.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de la indagación doctrinal sobre los conceptos básicos de una disciplina jurídica es perenne. Es de ella de la que puede surgir, y sin ella no surge, el atenimiento del quehacer artístico y técnico de creación del derecho a los resultados de la tarea, posiblemente más humilde, de su develación y descubrimiento en las realidades sociales de las que el derecho emerge y a las que el derecho va dirigido. Es así como el derecho puede, efectivamente, en parte hacerse y en parte descubrirse, combinando, en expresión clásica, la razón artificial del jurista con la razón natural del vivir jurídico de la comunidad.

Digo, además, que esta reflexión es de tiempo en tiempo necesaria sobre los conceptos básicos de las disciplinas jurídicas; de otra forma se corre el riesgo de perderse en los aledaños de los problemas. Con terminología cara a los laboralistas españoles, además de indagar las "zonas grises" en la periferia del Derecho de Trabajo hay que encaminar la reflexión hacia las zonas que constituyen su núcleo como derecho especial, de donde irradia su vis expansiva y don-

de reside el foco de luz blanca que sólo se torna gris en los confines.

Aceptemos como hipótesis de trabajo que el eje mismo del Derecho del Trabajo se halla en la figura jurídica a la que denominamos contrato de trabajo (1), y aceptemos que el contrato de trabajo es un modo especial de configurar jurídicamente una realidad socio-económica subyacente constituida por el trabajo *humano* (del hombre; no de otros seres o fuerzas que actúen fuera de su control o sin su intervención, supuesto que a esto se le pudiera llamar trabajo), *productivo* (en el sentido de quien trabaja lo hace para la obtención de medios económicos que le sirvan para su subsistencia o para mantener o mejorar el nivel de la misma, excluyendo, por tanto, el esfuerzo de mero pasatiempo o entretenimiento —esto es lo que distingue trabajo de juego— y excluyendo la actividad benévolas que, aunque socialmente sea esencial, puesto que una comunidad sin benevolencia en alguna medida llevada a la práctica es una comunidad inviable, desde el punto de vista del que trabaja no está presidida por un *animus* de obligarse frente a nadie y, por consiguiente, no puede servir de fundamento a lo que es un contrato por hipótesis) y *libre* (esto es, que quien trabaja lo hace con libertad jurídica y no en virtud de compulsiones que hagan el trabajo forzoso; porque, de nuevo, una voluntad así condicionada no puede servir de fundamento a un contrato) (2).

Supongamos, digo, que se aceptan las anteriores premisas. La indagación ulterior debe encaminarse a si existe alguna nota más, a adicionar a la humanidad, productividad y libertad del trabajo, para hallarnos ante el contrato de trabajo. Sigamos suponiendo que se admite que la ajenidad del trabajo es inexcusable en la realidad que se configura a través del contrato de trabajo, entendida la ajenidad en su sentido puro y originario de trabajar para otro que hace suyos los frutos del trabajo en virtud de una contraprestación; y que los hace suyos originariamente, en virtud del contrato mismo, del que deriva un título preexistente a la ejecución del trabajo, y en virtud del cual quien trabaja, el trabajador, carece de derecho, porque lo ha preenajenado, a los resultados de su trabajo. Aunque el tema nece-

(1) Esta es la posición doctrinal general en nuestro país y en el Derecho comparado. Con alguna notable excepción, como la de HUECK y NIPPERDEY para quienes el Derecho de Trabajo "no es... el derecho especial de determinados negocios jurídicos... sino que... comprende todas las normas jurídicas que rigen precisamente por ser trabajadores las personas que intervienen directa o indirectamente" (*Compendio del Derecho del Trabajo*, ed. española de RODRÍGUEZ-PIÑERO y de la VILLA, Madrid, 1963, pág. 22). Esta posición está condicionada por el intento fallido de estos autores de construir sobre tal base —lo que no quiere decir que no sea posible sobre otras— un derecho unitario del trabajo que comprenda tanto el derecho individual como el derecho colectivo.

(2) Un análisis más detenido de estas nociones en mi *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid, 1963, págs. 15 y sigs.

site de reflexiones adicionales, pienso que también la ajenidad así concebida puede ser tomada como hipótesis de estudio, siempre que se tenga de los frutos una noción amplia, que comprenda no sólo los bienes, sino también los servicios; si se quiere, para ahorrar la discusión a este respecto, puede aceptarse que lo que el trabajador cede en el "para otro" de su trabajar es su energía misma, su actividad laboral, si se piensa que postura distinta distiende el concepto de frutos a límites no tolerables. En cualquier caso, diríamos entonces que el trabajo objeto del contrato de trabajo es, además de humano, productivo y libre, un trabajo *por cuenta ajena* (3).

Entonces la indagación se plantea en el sentido de si las notas que se acaban de exponer califican sin más el objeto del contrato de trabajo o es necesario añadir datos adicionales que, bien cualifiquen, modalicen o precisen el sentido de la ajenidad, o bien agreguen requisitos nuevos, tales como la subordinación o dependencia del trabajador a la persona para la que trabaja —al empresario en nuestra terminología clásica, legal y vulgar— o la incorporación del trabajador a la organización productiva a la que se denomina empresa.

Este es el tipo de indagación que va a hacerse aquí y que va a hacerse, en libre elección de un método de trabajo, y de libre selección de una parcela de realidad jurídica, mirando fundamentalmente a la jurisprudencia, sobre todo a la más reciente; y no a cualquier jurisprudencia, sino precisamente a la muy numerosa existente en torno al artículo 1.º del Texto Refundido de Procedimiento Laboral (T. R. P. L. de aquí en adelante) que, según veremos, al precisar la extensión y los límites de la jurisdicción de trabajo, exige la presencia de un contrato de trabajo para que los tribunales que la ostentan asuman jurisdicción, no declinándola en los tribunales ordinarios titulares de la genérica para conocer de lo que el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil llama "negocios civiles". Quiero decir, y más adelante se insistirá sobre ello, que las Magistraturas de Trabajo, y en vía de recurso el Tribunal Central de Trabajo y la Sala 6.ª del Tribunal Supremo —episódica, bien que cada vez más frecuentemente, también otras Salas, concretamente las Salas 1.ª, 4.ª y 5.ª; y aun en ocasiones la 2.ª, al tratar de los problemas de responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito o falta, en aplicación del artículo 22 del

(3) Esta "cesión originaria" de frutos está aceptada expresa o tácitamente por virtualmente toda la doctrina; desde el punto de vista legal "aunque la Ley de Contrato de Trabajo nada dice expresamente sobre la titularidad de los frutos del trabajo, es evidente, y se deduce claramente de la propia definición legal del contrato de trabajo, que los frutos del trabajo se imputan directamente al empleador" en el contrato de trabajo. (M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo*, comunicación al I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo; los subrayados del autor). Otra cosa es que la ajenidad además de necesaria sea suficiente y, por tanto, definitoria, y otra distinta la de la novedad o falta de ella de la indagación dirigida a precisar su juego jurídico en el contrato de trabajo.

Código penal, y de determinación de la profesionalidad, en aplicación del artículo 565 (4)— tienen en muy numerosas ocasiones que plantearse el problema básico y previo a sus ulteriores pronunciamientos de si lo que tienen ante ellas es, verdaderamente, un contrato de trabajo, pues, de otra forma, han de declinar su jurisdicción o, en la terminología del T. R. P. L. (art. 3), declarar su incompetencia para conocer por razón de la materia.

De ahí que esta jurisprudencia que aborda un tema que parece procesal estricto, o el más estricto de los temas procesales, a saber, si existe o no jurisdicción en el órgano jurisdiccional, esté al tiempo enfrentándose con un tema sustantivo que, a su vez, es el tema sustantivo esencial del Derecho del Trabajo, a saber, cuándo existe contrato de trabajo y, por tanto, de rechazo o necesariamente, cuáles son sus concepto, requisitos, naturaleza jurídica y diferenciación respecto de figuras afines.

II. SOBRE LA "CALIDAD DE LAS PERSONAS" Y SU IRRELEVANCIA

Por lo pronto, y para el tipo de análisis que nos proponemos, hay que apartar a un lado en la reflexión un obstáculo importante.

Según el artículo 1.^º del T. R. P. L. "su competencia (la de la Jurisdicción de Trabajo; en realidad la existencia misma de jurisdicción para que los órganos de la jurisdicción de trabajo puedan conocer) se determinará por la concurrencia de la calidad de las personas y de la materia del asunto" (5).

El obstáculo a remover, digo, es el de la "calidad de las personas", que, según el T. R. P. L. nos sigue diciendo en su artículo 1.^º, se determina por el hecho de que las partes ostenten la condición de trabajador o persona protegida por la Seguridad Social, de un lado, o de la de empresario, entidad gestora o que labore en la gestión de la Seguridad Social.

Creo que este criterio es, aparte de confuso, irrelevante en cuanto determinante de jurisdicción. El T. R. P. L. lo exige en concu-

(4) También, en alguna ocasión, la Sala 3.^a; así la S. T. S., de esta Sala, de 6.VII.65 afirma enérgicamente de un determinado hecho (el estar dado de alta una persona en los Seguros Sociales) "que indudablemente presupone una relación laboral"; y esto a efectos de la calificación de un delito de contrabando. Está por hacer un estudio sobre las implicaciones penales del contrato de trabajo. Por lo demás, el que el contrato de trabajo aparezca doquiera, de lo que es una demostración o indicio el que tengan que ocuparse de él todas las Salas del Tribunal Supremo, no hace sino poner de manifiesto que se trata hoy de una categoría jurídica general, sin cuyo conocimiento y comprensión nuestro ordenamiento jurídico, y todo ordenamiento jurídico contemporáneo, resulta absurdo.

(5) Por supuesto, me refiero al Texto Refundido de Procedimiento Laboral vigente, aprobado por Decreto 909/1966 de 21 de abril. En la materia concreta que nos ocupa, el artículo 1.^º del T. R. P. L. no ha experimentado variación sustancial respecto de las anteriores versiones de 1963 y 1958,

rrencia, según veíamos, con "la materia del asunto"; pero en realidad es únicamente este último el relevante. Y esto por las fundamentales razones siguientes:

Porque la jurisdicción del trabajo no es una jurisdicción especial por razón de las personas; no existe un fuero del trabajador ni un fuero del empresario como existen, por ejemplo, un fuero del militar (a efectos penales fundamentales) o un fuero del clérigo. El hecho de ser trabajador o empresario (o persona protegida por, o Entidad Gestora de, la Seguridad Social, etc.) no determina la intervención en los conflictos de la Magistratura de Trabajo, sino el hecho de que un trabajador o un empresario tengan un conflicto planteado sobre una relación de trabajo (6), o un empresario o un asegurado o ente gestor sobre una relación de seguridad social; con lo que, entonces, es la materia del asunto y no la calidad de las personas la determinante de la jurisdicción.

Porque jurídicamente es difícil, si es que siquiera tiene sentido, pensar en las calidades de trabajador o de asegurado o beneficiario de la seguridad social en abstracto, y hay que pensar en concreto en trabajador ligado a un empresario por un contrato de trabajo, o de persona protegida, o causahabiente de la misma, ligada a una entidad gestora por una relación de seguridad social, con lo que nuevamente es la relación en sí misma y no la calidad de las personas, la que determina la jurisdicción. La noción de trabajador, especialmente, si no va referida a un contrato de trabajo en el que sea parte, es una noción no jurídica, sino, si acaso, sociológica, inservible hoy en nuestro ordenamiento para fundamentar ninguna atribución de jurisdicción, aunque la conclusión pudiera ser otra cuando la habitualidad era requisito *ex lege* de la condición de trabajador, en las normas reguladoras del contrato de trabajo anteriores a la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931; una indagación histórica sobre el origen de la exigencia de la "calidad" de las personas (7) demuestra efectivamente, creo, su anacronismo actual.

Lo mismo, obviamente, ocurre con las nociones de asegurado o

aunque sí, y muy importantes, en otros respectos (jurisdicción respecto de los conflictos colectivos de trabajo y respecto de despidos individuales derivados de los conflictos colectivos, modificación del Texto de 1963 respecto del de 1958; jurisdicción en materia de Seguridad Social, con variantes del Texto de 1966 respecto de los de 1963 y 1958).

(6) "No todos los conflictos civiles entre patronos y obreros son competencia de la expresada Magistratura, sino que, además, tienen que ser contratos laborales" (S. T. S. 18.VI.1954).

(7) Remito sobre este punto a mi estudio *Sobre la Historia de los Procesos de Trabajo*, en *Revista de Trabajo*, núm. 15, 1966. En él se hacen una serie de indicaciones sobre el origen de determinados preceptos y expresiones del T. R. P. L., que remontan hasta la Ley de Tribunales Industriales de 22.VII.1912, que en buena parte pasó a ser el libro IV del Código de Trabajo aprobado por Decreto Ley de 23.VIII.1926 y desde el que se incorporaron a la refundición procesal de 1958. Entre ellos este de la "calidad de las personas".

beneficiario, si separadas de la relación de seguridad social. Y ocurre, por supuesto, con la calidad de empresario, y más cuando se nos dice con todo énfasis —y completo acierto, a mi juicio— que “el concepto de empresa no exige que por ella se persigan fines materiales o de lucro, sino que puede serlo *cualquier persona natural o jurídica*, aunque actúe animada por estímulos meramente morales o espirituales” (8), y que haya celebrado un contrato de trabajo, obviamente; o que “la circunstancia de que el dador de trabajo... no se proponga obtener lucro o beneficio personal económico subsiguiente al servicio concertado con el operario” no obsta a su calificación como empresario (9) (aunque sí obstaría a la calificación de trabajador, en la otra parte de la relación; es tema distinto); con lo que, de nuevo, la pretendida “calidad” de la persona es indecisoria, y remite a la de la relación jurídica.

Se dirá que la cuestión es bizantina, por cuanto como una relación de trabajo exige, por ejemplo, la presencia de un trabajador y de un empresario, siempre concurrirán a la vez ambos criterios; si se investiga más a fondo se verá, sin embargo, como el obrero o el empresario pueden ser titulares de otras múltiples relaciones jurídicas distintas de las de trabajo, y como las pretensiones basadas en tales relaciones no son de la competencia de la jurisdicción laboral. Con lo que, nuevamente y como conclusión, se viene a parar a la de que es “la materia del asunto” y no “la calidad de las personas” la que establece los límites jurisdiccionales.

La jurisprudencia, aunque se refiera con insistencia a la calidad de las personas unidas a la calidad del asunto como requisitos conjuntos determinantes de jurisdicción (10), deja en más de una ocasión entrever claramente que, en realidad, lo que importa es la naturaleza jurídica de la relación sobre la que versa el litigio, esto es, la calidad o materia del asunto (11); y en algunas otras lo afirma sin ambages: el problema “en definitiva depende de la naturaleza que se asigne al contrato..., pues a ella se subordina, a su vez, que se otorgue la calidad de trabajador”; “es notorio que despojada de carácter laboral la relación que vinculaba al demandado con su fiado hijo... los elementos personales de la misma [no] pueden ser tenidos como patrono y trabajador” (12).

Por lo demás, y para concluir, nótese como al autorizar el ar-

(8) S. T. S., S. 6.^a, 22.XI.1963; el subrayado es mío.

(9) S. T. S., S. 6.^a, 22.X.1965. Esta jurisprudencia no es uniforme, sin embargo.

(10) Esta declaración aparece en infinidad de sentencias; ver p. ej., S. T. S., S. 6.^a, 26.III y 12.XII.1963; 8.X. y 28.XI.1964; 7.VII. y 10.XI. 1965; entre otras muchas.

(11) Así, S. T. S., S. 1.^a, 9.XI.1965; tras de hablar de calidad de las personas y de la del asunto, concluye, “o sea, resumidamente, entre sujetos ligados por una relación contractual o legal, de carácter laboral”.

(12) S. T. S., S. 6.^a, 2.VI.1965 y 10.XI.1965 (2.^a sentencia), respectivamente; en el propio sentido, S. T. S., S. 6.^a, 13.IV. y 6.VI.1966.

título 3 del T. R. P. L. al Magistrado de Trabajo a dictar auto "acto seguido a la presentación de la demanda" si estima que carece de jurisdicción, declarándolo así, esta solución sólo se prevé para la "incompetencia para conocer por razón de la materia", omitiéndose significativamente la calidad de las personas.

Todo esto no quiere decir que no existan límites a la jurisdicción de trabajo por razón de las personas; existen, desde luego, pero no están referidos a las calidades específicas de trabajador y empresario, sino que fundamentalmente dependen de la nacionalidad de los litigantes, en íntima conexión con el ejercicio de jurisdicción por razón del lugar de los actos. No me propongo abordar aquí este muy interesante tema (13).

III. SOBRE LA "MATERIA DEL ASUNTO"

El criterio específico determinante de jurisdicción es, pues, la naturaleza de la relación jurídica o, en la terminología del T. R. P. L., la "materia del asunto" que, según la norma que se está comentando, "requiere que éste se halle comprendido en alguno de los apartados" que relaciona a seguido, y el primero de los cuales es el de "los conflictos que se produzcan entre empresarios y trabajadores, o entre trabajadores del mismo o distinto empresario *como consecuencia del contrato de trabajo*".

La regla general legal, por tanto, es la de que la jurisdicción de trabajo conoce de las pretensiones basadas en las normas reguladoras del contrato de trabajo; a los órganos de esta jurisdicción "les corresponde intervenir en las pretensiones fundadas en normas de derecho del trabajo" (14).

Habría que hacer aquí una tediosa relación de todas las normas que regulan la relación de trabajo, con el riesgo evidente de dejar olvidada alguna en tan copiosa normativa. Como fórmula general se ha de decir que las pretensiones basadas en cualquiera de los libros de la Ley de Contrato de trabajo, de las distintas reglamentaciones de trabajo, cualquiera que sea su ámbito territorial, de los reglamen-

(13) Sobre el mismo remito a mi libro *La materia contenciosa laboral*, Universidad de Sevilla, 1959, págs. 22 a 29 y 138 a 139. No ha habido variaciones notables con posterioridad, aunque sí varias sentencias de sumo interés en materia como esta en la que la jurisprudencia no es abundante (ver p. ej., S. T. S., S. 6.^a, 7.VI.1960, 17.XI.1960, 22.VI.1964, 14.VII.1964 y 2.III.1966); me propongo analizar este tema en una segunda edición del libro indicado que tengo en preparación. En general, el tema se plantea de forma muy similar al de los límites de la jurisdicción por razón de las personas y de los actos en los procesos civiles ordinarios (sobre estos ver J. GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, págs. 113 y sigs.); con alguna peculiaridad respecto del lugar, por la importancia que en el contrato de trabajo tiene precisamente el lugar de su ejecución o de prestación efectiva de los servicios.

(14) J. GUASP, *loc. cit.*, pág. 115.

tos de régimen interior, de los reglamentos generales o particulares de seguridad e higiene del trabajo, de las disposiciones que regulan la jornada máxima y sus excepciones y el descanso dominical y en días festivos, etc., las pretensiones basadas, en suma, en cualquier norma reguladora de la relación de trabajo son pretensiones atribuidas, en principio, jurisdiccionalmente a la jurisdicción de trabajo. Desde luego entre estas normas reguladoras hay que incluir los convenios colectivos sindicales, en cuanto que éstos han sido configurados como fuente del derecho por su Ley reguladora de 24 de abril de 1958, y que su carácter normativo ha sido reconocido por la jurisprudencia, aunque con ciertas dificultades a la hora de precisar su naturaleza jurídica (15) (explícitamente se citan "las reclamaciones que susciten ante la Magistratura de Trabajo por vía contenciosa" en el artículo 17 de la Ley citada).

Estas pretensiones pueden ser formuladas, indistintamente, por empresarios frente a sus trabajadores, por trabajadores frente a sus empresarios o por trabajadores frente a otros trabajadores del mismo o de distinto empresario; siempre como consecuencia del contrato de trabajo, trayéndose así a primer plano, según se ha reflexionado con anterioridad, la materia del asunto. Las pretensiones deducidas ante la jurisdicción tendrán normalmente por partes a un trabajador —o a varios trabajadores— y a su empresario (de hecho en la mayoría de los casos el trabajador ocupa la posición de demandante en cuanto que las decisiones del empresario, incluida la de despido, son normalmente ejecutivas en virtud de sus poderes de dirección y disciplinario (16), con lo que es el trabajador el que tiene que acudir a instancia ajena —en este contexto, el que tiene que demandar— al empresario para alzarse contra las decisiones de éste); en algún supuesto excepcional pueden aparecer trabajadores al servicio del mismo empresario como demandantes y como demandados (por ejemplo, en conflictos derivados de los contratos de grupo regulados en los artículos 17 a 20 de la Ley de Contrato de Trabajo). En cambio, la hipótesis de que tenga jurisdicción la Magistratura de Trabajo para conocer de un asunto en que aparezca como demandante un trabajador al servicio de un empresario y como demandado otro trabajador al servicio de empresario distinto, se nos antoja muy remota. Quizá también en algún supuesto de contrato de grupo, en que el grupo haya trabajado para distintos empresarios o se haya subdi-

(15) S. T. S., S. 6.^a, 24.XII.1964; "no existe duda alguna de que los Convenios colectivos sindicales... producen un doble efecto, uno de ellos obligacional... y otro normativo"; (la elaboración doctrinal ulterior de esta sentencia es, a mi juicio, muy discutible).

(16) Su reflejo es del "deber de obediencia" del trabajador; v. A. MONTOYA MELGAR, *El poder de Dirección del Empresario*, Madrid, 1965, páginas 245 y sigs.; en expresión de la jurisprudencia (S. C. T. 19 y 20.V.1964), "en modo alguno puede el trabajador erigirse en definidor de sus obligaciones", debiendo obedecer sin perjuicio de su derecho a reclamar o demandar.

vidido para trabajar al servicio de varios y se plantee cuestión sobre cómo debe ser dividido el total de los salarios abonados por los varios empresarios.

El propio artículo 1. del T. R. P. L. considera empresarios al Estado, a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos, respecto de los trabajadores que tengan a su servicio; quizá sea ésta la demostración más palmaria de la tesis sostenida más arriba de que no es la calidad de las personas, sino la "materia del asunto" la determinante de la jurisdicción, salvo que se admita la noción trastocada de la personalidad dual (pública y privada) de los entes públicos (sobre la necesidad de agotar la vía gubernativa y la de interponer una reclamación administrativa previa en esos casos ver los artículos 49, 57 y 64 del T. R. P. L.) (17). La norma dice que se considera empresario el Estado, la Diputación y el Ayuntamiento, siempre respecto de los trabajadores a su servicio, "ya sea directamente o a través de organismos dependientes de ellos"; lo que sin duda quiere decir que se reputa al Estado, a la Diputación o al Ayuntamiento como empresario cuando son ellos mismos, a través de órganos no dotados de personalidad jurídica independiente, quienes han celebrado el contrato de trabajo; si el organismo en cuestión está dotado de personalidad jurídica independiente, es este organismo autónomo, y no el Estado, la Diputación o el Ayuntamiento, quienes al aparecer como partes en la relación de trabajo pueden demandar y ser demandados ante la jurisdicción laboral.

Pero todo lo que queda dicho deja irresuelto en muchas ocasiones el problema jurisdiccional; concretamente en todas aquellas en las que lo que se discute precisamente es si la normativa con que se iniciaba este apartado es aplicable a la relación jurídica objeto del debate procesal; o si una norma cualquiera de Derecho del Trabajo es aplicable a aquella precisamente en cuanto tal, en cuanto norma de Derecho del Trabajo; y como estas normas sólo son aplicables al contrato de trabajo, y a su vez, según se vio, la Magistratura sólo puede conocer de "conflictos... como consecuencia del contrato de trabajo" (18), el eje de la cuestión está entonces en decir si efectivamente la relación jurídica que se tiene a la vista es un contrato de trabajo. He aquí, repito, como a través de un análisis formalmente procesal la jurisprudencia aborda el tema sustantivo.

Adentrémonos, pues, en la elaboración jurisprudencial.

(17) Sobre esta materia remitimos a nuestro trabajo *La reclamación administrativa previa*, Sevilla, 1961; los preceptos del T. R. P. L. de 1958 que allí se citan y comentan no han sido modificados, salvo en su enumeración, por el texto de 1966; excepto en lo relativo a seguridad social en que ha habido modificaciones extensas e importantes.

(18) Con toda claridad y rigor "es claro que al no tener el carácter de laborales los servicios prestados... no existe contrato de trabajo, ni la

IV. LOS INDICIOS DE CONTRATO DE TRABAJO

Lo que modaliza la figura civil genérica del contrato de arrendamiento de servicios para convertirlo en un contrato de trabajo es, según la jurisprudencia que pudiéramos llamar tradicional (apoyada en la exigencia que en tal sentido se contiene en el artículo 1.º de la Ley de Contrato de Trabajo), la relación de dependencia (19). Insistente ha dicho el Tribunal Supremo que sin relación de dependencia no hay contrato de trabajo y que, si la hay, en un contrato de arrendamiento de servicios, surge el contrato de trabajo. Pero esta afirmación, extremadamente reiterada, exige que se precise en qué consiste exactamente la relación de dependencia; y aquí nuestro Tribunal Supremo ha tendido a ahorrar definiciones dogmáticas optando por la solución de señalar varios criterios o indicios que la revelan o pueden revelarla para, en definitiva, dejar reducida a cuestión más de hecho que de derecho la constatación de si la relación de dependencia existe, si bien, y este quizá sea el reproche que debe hacerse a la resistencia a la definición abstracta o doctrinal, dejando en nebulosa el concepto jurídico en que los hechos deben ser subsumidos o con el que deben ser comparados. De esto padece también, dicho sea de paso, en grado superlativo, la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho (20).

Magistratura, en acatamiento precisamente de esas disposiciones legales que le atribuyen competencia, podría conocer y decidir sobre el fondo del asunto principal"; S. T. S., 27.VI.1955).

(19) "La nota de dependencia tipifica sustancial e inexorablemente el contrato de trabajo" (S. T. S. 21.II.1952); es "esencial y característica" (S. T. S. 3.I.1942); "no hay contrato [de trabajo] cuando falta esa nota esencial" (S. T. S., S. 6.º, 18.X.1951 y 18.VI.1963). Afirmaciones similares en otras muchas sentencias. La doctrina moderna española se muestra escéptica en cuanto al valor distintivo de la dependencia Vid., BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTÍA: *Manual del Derecho del Trabajo*, vol. I, Madrid, 1966, pág. 282; BAYÓN CHACÓN, *El ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo*, comunicación al I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo (textual de sus conclusiones: "la ampliación del ámbito personal ha exigido una interpretación muy flexible del viejo criterio de la subordinación o dependencia"); M. ALONSO GARCÍA: *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1958, págs. 84 y sigs.; y *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960, págs. 35 y sigs.), con la excepción notable de M. RODRÍGUEZ PIÑERO (*La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo*, cit.) aunque su concepción de la dependencia está muy matizada y no coincide con la jurisprudencial. En cambio la doctrina iberoamericana tiende a seguir insistiendo sobre la dependencia aun en aquellos ordenamientos en que tal nota no está incluida en la definición legal de contrato de trabajo, como es el caso de Chile (art. 1.º, Código de Trabajo; ver F. WALKER LINARES, *Esquema del Derecho del Trabajo*, Santiago, 1965, pág. 70; H. HUMERES MAGNAN, *Apuntes de Derecho del Trabajo*, Santiago, 1965, pág. 48). En general sobre el tema A. MONTOYA, *El poder de dirección...,* cit., págs. 58 y sigs.; y específicamente sobre su enfoque en el trabajo a domicilio, L. E. DE LA VILLA, *El trabajo a domicilio*, Pamplona, 1966, págs. 135 y sigs.

(20) Casi con temor menciono el tema de las cuestiones de hecho y de

Lo que indiciariamente, según la jurisprudencia, revela la existencia de relación de dependencia y, por consiguiente, de contrato de trabajo, son datos tales como la asistencia regular y continuada a un lugar o local de trabajo controlado por el empresario durante la jornada normal de trabajo o, al menos, en días y horas fijos, y cuya fijación no se haga por libre decisión del trabajador, sino bien por el empresario, bien por el contrato mismo o por la regulación a la que aquél remita expresa o tacitamente (21); el que se perciban remuneraciones —diríamos con terminología fiscal— “fijas en su cuantía y periódicas en su vencimiento” (22); pero que sean verdaderas remuneraciones, contraprestación de trabajo, y no tantos alzados fijos en los que se incluye por su naturaleza un factor de beneficio o de pérdida, propio del contrato de ejecución de obra, con asunción del riesgo por el contratista, que no trabajador (23); el que se ejecute un tipo de trabajo controlado por otra persona de la que reciben órdenes y a la que hay que dar cuenta de actos o, negativamente, el que se carezca de representación de la que se deriven poderes amplios de actuación en nombre de la empresa (24); el que se preste trabajo preferentemente, o únicamente, a una empresa (25); el que se figure incluido en un escalafón o plantilla y el que se vengan reconociendo a quien

derecho; *vexata questio* para todo Derecho procesal, en el nuestro está generando en la jurisprudencia problemas agudísimos y una fenomenal confusión; muy limitadamente abordé el tema en mi trabajo: *Hecho y Derecho en la Clasificación de Incapacidades*, en Rev. de Trabajo, núm. 3, 1960 y en *Estudios Pi Suñer*, Barcelona, 1961. Pero ahora tendría que revisar las conclusiones de ese estudio, parcialmente al menos. Es tema que está clamando en nuestro país por un estudio doctrinal a fondo.

(21) S. T. S., S. 6.^a, 28.IV.1966 y S. C. T., 26 y 30 XI.1957; pero este dato no es decisivo por sí solo; hay contrato de trabajo “aunque la jornada de trabajo no tenga horario establecido o éste no coincida con el señalado por la empresa para el resto del personal” (S. T. S., 2.VII.1958). Ver más adelante en el texto sobre los representantes de comercio.

(22) P. ej., S. T. S., 7.X.1958 y S. C. T., 30.XI.1957; por ello aún cuando hay formas salariales de participación en los beneficios, si esta, “lucro eventual o incierto”, aparece como única o dominante, no hay contrato de trabajo (S. T. C., 3.XI.1964).

(23) S. T. C., 16.X.1964.

(24) Sin que la mera existencia de un poder, aún con “amplias facultades de disposición, administración y dirección” baste por sí sola para que el contrato de trabajo pueda ser negado (S. T. S., 29.V.1958). Ver más adelante, en el texto, a propósito del personal de dirección.

(25) S. T. S., 15.X.1956; S. C. T., 12.III.1958; la jurisprudencia es vacilante, inclinándose más bien a que la simultaneidad en el trabajo para varias empresas no dice en contra de la existencia del contrato de trabajo, cuya “naturaleza jurídica no exige como nota imprescindible la exclusividad” (S. C. T., 16.I.1957; en el mismo sentido Sentencia del Tribunal Supremo, 22.IX.1948); pero ver en contra, por ejemplo, S. T. S., 2.XII.1957 y S. T. S., 9.V.1952. Si se trabaja para varias empresas la tendencia es la de sólo ver contrato de trabajo respecto de aquella para la que se trabaje preferentemente (ver S. T. S., 4.X.1958). Pero la jurisprudencia más reciente parece abandonar por completo el carácter definitorio de la exclusividad y aun de la preferencia (ver S. T. S., 6.^a, 11 y 19.IV.1966).

trabaja, con la anuencia de aquel por cuenta de quien se trabaja, los derechos derivados de los diferentes regímenes de los seguros sociales, lo que implica un acto de afiliación al que normalmente no es ajeno el presunto empresario (26).

Pero bien entendido que todo esto no son sino indicios que la jurisprudencia hace jugar por lo general exigiendo que concurran varios en un caso concreto para que haya contrato de trabajo, o que dejen de concurrir varios para que deje de haberlo (27), negando que uno de ellos en concreto acredite *per se* la dependencia (28) y atribuyéndoles valor diverso en las distintas decisiones (29), sin que ninguno de ellos aparezca como dominante ni, por supuesto, como claramente determinante de esa *dependencia* que a toda costa se quiere hallar, que, por otro lado, se asemeja en ocasiones a un algo misterioso e indefinible que parece estar ahí, aun en defecto de todo indicio (30).

Téngase en cuenta, además, que en muchas ocasiones los indicios juegan negativamente, esto es, no es su presencia la que acusa la existencia de un contrato de trabajo, sino su falta la que revela su inexistencia; en el planteamiento normal de los procesos laborales, como la presunción legal está en favor de la existencia del contrato de trabajo entre el que "da trabajo y el que lo presta" (L. C. T., art. 3) la prueba debe ir encaminada a destruir la presunción, negando los *indicios* o afirmando la presencia de otros propios de figura jurídica distinta (31).

Lo que es hoy terminante, en cambio, es que el carácter "intelec-

(26) S. C. T., 30.XII.1957; pero sin que este indicio sea tampoco por sí solo decisivo (S. C. T., 29.I.1958; S. T. S., S. 6.^a, 11.II.1965). Sorprendentemente en S. T. S., S. 3.^a, 6.VII.1965, ya citada (en un caso de delito de contrabando) se puede leer: "... el hecho cierto de que Leandro... figure dado de alta en los seguros sociales, *lo que indudablemente presupone una relación laboral...* etc.". Insisto en que la Sala 6.^a no es, ni mucho menos, tan terminante; p. ej., entre otras muchas: "la afiliación a los seguros sociales *no determina por sí sola la cualidad de obrero* en el asegurado... [es]... solamente un elemento *indiciario*" (S. T. S., S. 6.^a, 19.IV.1965); y aún, "con toda claridad se advierte que el vínculo no es laboral... sin que a ello obste que el recurrente se hallara afiliado a la Mutualidad de Comercio, *circunstancia por completo inocua para hallar la verdadera naturaleza jurídica* de la mentada relación" (S. T. S., S. 6.^a, 2.XI.1965). Los subrayados son míos.

(27) Por ejemplo: "Servicios profesionales prestados no exclusivamente a las compañías demandadas, sin horario fijo, ni siquiera en los locales de éstas"; no hay contrato de trabajo (S. T. S., 16.XI.1950).

(28) La corroboración con citas de sentencias de esta afirmación resultaría sumamente tediosa, tal es su número; ver p. ej., S. T. S., S. 6.^a, 11.II.1966.

(29) Remito, en general, en este punto, aparte de la citada en las notas que preceden, a la jurisprudencia recopilada por RODRÍGUEZ NAVARRO: *Doctrina Laboral del Tribunal Supremo*, t. II, Madrid, 1955, págs. 28 a 235.

(30) Ver, entre otras muchas, S. T. S., S. 6.^a, 16.II.1966.

(31) En tal sentido, p. ej., con las sentencias dictadas en las notas (26) y (28) se corresponden otras según las cuales la *no* afiliación a la seguridad social *no* supone de suyo la inexistencia del contrato de trabajo (S. T. S., S. 6.^a, 29.IV y 25.V.1961; S. C. T. 14.II.1964 y 2.VI.1965).

tual" del trabajo nada dice contra la existencia del contrato de trabajo (32), si bien los casos dudosos, como era de esperar, se dan justamente en cuanto a éste; y es respecto de éste donde se aprecia la renuncia de la jurisprudencia a una distinción dogmática entre arrendamiento (civil) de servicios y contrato de trabajo, puesto que en el primero "se dan las características de voluntariedad, remuneración y dependencia que se dicen típicas del contrato de trabajo" (S. T. S., S. 4.^a, 3.II.1961).

La naturaleza del contrato —y la atribución de jurisdicción en virtud del mismo— viene determinada por lo que resulte de las obligaciones que constituyen su objeto y no por el nombre que le hayan dado las partes, siendo irrelevante incluso la voluntad de éstas, aun concordante y explícita, de sustraer un contrato de trabajo de las normas reguladoras de éste y de la jurisdicción llamada a conocer por razón de la materia (33). Pero en casos límite, parece, la voluntad de las partes debe ser también tenida en cuenta, por lo menos en cuanto indicio, conjugado quizá con otros, revelador de que el trabajador aparente no es tal, sino un contratista independiente "propio empresario de sí mismo" (34), si bien entonces lo que en realidad se está queriendo comprobar no es tanto la dependencia o falta de ella, como si el trabajo es por cuenta ajena o lo es por cuenta propia. Por supuesto, esta objetivación absoluta de las relaciones jurídicas frente a lo querido por las partes tiene también sus riesgos, y graves.

Permitásenos decir que probablemente la tendencia jurisprudencial caminaba por vía poco fecunda; realmente, según decía al principio, lo esencial en el contrato de trabajo no es tanto la relación de dependencia como el que se trabaje "por cuenta ajena", esto es, el que se trabaje para otro al que se atribuye directa e inmediatamente la titularidad de los frutos del trabajo como efecto esencial del contrato y que, a cambio de garantizar una remuneración, asume el riesgo del destino futuro de los bienes producidos o de los servicios prestados,

(32) Los "llamados trabajadores intelectuales" aparecen como tales en el artículo 6 de la Ley de Contrato de Trabajo, frente a la manualidad que había sido característica del Código de Trabajo. Pero hoy ha vuelto, extrañamente a resurgir la distinción para separar a los funcionarios públicos de los trabajadores (V. *infra*, en este mismo trabajo). Un análisis detenido de las dificultades del tema en S. T. S. 4.X.1958. Para un excelente análisis doctrinal del tema, ver G. GIUGNI, *La differentiation entre les diverses catégories de travailleurs*, Estocolmo, 1966.

(33) S. T. S., S. 6.^a, 22.III.1965 y 17.I.1966, entre otras muchas; pero arroja alguna duda sobre doctrina tan firme, bien que el supuesto fuera muy singular la S. T. S., S. 6.^a, 31.I.1966. También entre otras muchas, S. T. C, 24.II.1964 y 17.X.1963. Lo que está en la base de esta jurisprudencia es el principio de irrenunciabilidad de derechos, tema de gran delicadeza, que no puedo examinar aquí.

(34) S. T. S., S. 6.^a, 26.III.1966; se aprecia como indicio de la naturaleza no laboral del contrato el que "se pactó con toda claridad.... [la]... expresa sumisión a los preceptos de Código Civil" (sobre "arrendamiento de servicios o ejecución de obra").

lo que no es sino una consecuencia de la ajenidad (ajenidad en el riesgo). Este trabajar "por cuenta de otro", exige normalmente que el que trabaja esté controlado por aquel para el que trabaja, si se ha de garantizar debidamente el interés contractual de este último, de ahí que traslativamente se pueda hablar del trabajo mismo como objeto del contrato; pero, en primer lugar, la medida de este control —que a esto es a lo que en puridad queda reducida la relación de dependencia— varía enormemente de unos trabajos a otros y en algunos es de tal índole que sólo muy forzadamente puede hablarse verdadera y propiamente de dependencia, lo que señaladamente ocurre en el trabajo a domicilio, en el que tan sólo las posiciones doctrinales rígidamente limitadas por su dogmatismo se niegan a ver un contrato de trabajo; y, en segundo término, como las dudas se plantean precisamente en los casos límite resulta que en ellos no existe en ocasiones ni siquiera ese control, sino un puro trabajo por cuenta de otro, que es lo verdaderamente esencial y característico del contrato de trabajo y no, por consiguiente, lo que, en nuestra terminología legal y jurisprudencial, revela la existencia de contratos de trabajo, esto es, la relación de dependencia; el empeño en mantener ésta como calificadora, ha hecho que pierda casi todo valor (en los casos límites que son los objetos de controversia al respecto) y que se haya distendido de tal modo que resulte abarcar tipos de relación en donde, realmente, no se ve surja por ninguna parte. Ni los mismos indicios de dependencia, tan reiteradamente utilizados, tienen hoy valor delimitador, sino más bien anecdótico o corroborador accidental de la naturaleza de una relación cuya esencia está en otros caracteres, señaladamente, lo reitero, en la ajenidad de frutos y en la derivada de riesgos.

V. LA DEBILITACIÓN DE LA DEPENDENCIA

La jurisprudencia más reciente empieza a albergar dudas sobre la dependencia como esencial al contrato de trabajo (35) habiendo llegado a decir que "se halla en la actualidad muy atenuada por las modernas orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, y ha dejado de ser elemento rígidamente característico del contrato de trabajo"; esta doctrina ha sido sentada, especialmente al reflexionar las sentencias sobre la modificación del artículo 7.^º L. C. T. por la Ley de 21.VII. 1962, a la que más adelante nos referiremos (36), pero está desplazándose hacia otros supuestos de hecho completamente distintos, pró-

(35) Existen algunas sentencias anteriores a las que se citarán en el texto que ya apuntan en esta dirección; ver G. BAYÓN, *El concepto de la dependencia*, en *Rev. Derecho Privado*, VI. 1961.

(36) S. T. S., S. 6.^º, 22.V.1964 y 4.III.1965. Sobre los representantes de comercio ver más adelante en el texto.

ximos a la ejecución de obra (37), aparte de que la primera manifestación de este nuevo enfoque aparece en una sentencia, riteradamente citada después (38), relativa a los servicios de los Ayudantes Técnicos Sanitarios, y como comentario sin relevancia excesiva para el fallo en el caso concreto planteado. En alguna sentencia reciente se da como "nota esencial" del contrato de trabajo "que el resultado del mismo se incorpore a un patrimonio ajeno en beneficio y por cuenta del que se realiza la prestación", "relación jurídica... de trabajo por cuenta y en beneficio ajenos" (39), sin mencionar la dependencia. Y en alguna otra se dice que "dependencia y subordinación siguen siendo típicas, si bien limitadas... a que el obrero se halle situado dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria de su patrono", idea que puede ser muy fértil en consecuencias y que cuenta con fuertes apoyos doctrinales modernos, aparte de los tradicionales sobre la integración o incorporación a la empresa (40). Es evidente que la jurisprudencia está en fase de gran fluidez en esta materia.

Y sin embargo, en la confusa definición legal, contenida en el artículo 1.^o de la Ley de Contrato de Trabajo (41), la dependencia aparece citada como requisito esencial del contrato de trabajo, con lo que se comprende tanto la actitud jurisprudencial en la búsqueda

(37) S. T. S., S. 6.^a, 5.I.1966; de esta procede la cita del texto; es un supuesto de accidentes de trabajo y es la primera vez, creo, que la "debilitación" de la dependencia se trae a este tipo de casos. De sumo interés, y similar doctrina, sobre contrato de trabajo de los médicos, es S. T. S., S. 6.^a, 29.I.1966.

(38) S. T. S., S. 6.^a, 21.I.1964. Ver también, en el mismo o muy similar sentido, S. T. S., S. 6.^a, 22.XI.1963, 18.VI.1964, 23.II y 4.III.1965. El que se puedan traer a colación no menos de las ocho sentencias citadas en esta nota y en las dos que preceden demuestra la reiteración de la doctrina jurisprudencial en cuanto a la "debilitación" de la dependencia.

(39) S. T. S., S. 6.^a, 14.II.1966.

(40) La cita es de S. T. S., S. 6.^a, 14.II.1966; en el mismo sentido, S. T. S., S. 6.^a, 13.IV.1966.

(41) La fuente principal de confusión, en el contexto de lo que está estudiando, está en que según el artículo 1.^o L. C. T. la obligación del trabajador puede consistir en "prestar un servicio" como en "ejecutar una obra", y según el artículo 4.^o de la propia Ley el trabajador puede ser una persona jurídica; sobre el origen y virtualidad de estos preceptos remito a mis *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Madrid, 1955, págs. 56 y sigs. y a *Sobre si la persona jurídica puede ser trabajador*, en *Rev. de Trabajo*, núm. 1, 1955. No hay duda doctrinal seria acerca de que sólo puede ser trabajador la persona natural o física; incluso para un sector doctrinal ello deriva precisamente de las exigencias de la subordinación (G. ARDAU, *Corso di Diritto del Lavoro*, Milán, 1960, pág. 22; F. SANTORO-PASARELLI, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Nápoles, 1958, pág. 66), tesis muy discutible y más en Derecho italiano habida cuenta de que el artículo 2.222 del Código Civil no ve inconveniente para que en la definición del contrato de obra se conjuguen los caracteres de *Lavoro prevalentemente proprio y senza vincolo di subordinazione*, no obstante lo cual el propio Santoro niega (*Contratto di opera*, Novissimo Dig. Iur., 1965) que pueda ser sujeto de este contrato una persona jurídica, lo que se compagina mal con la afirmación de que la exigencia de una persona individual como sujeto derive de la subordinación.

de la misma como las dudas y obstáculos con que tropieza en todo intento o dirección de apartamiento, que, sin embargo, es necesario si no se quiere dejar extramuros de una normativa específicamente pensada para ellos a numerosos contratos de trabajo. Posiblemente la jurisprudencia pueda moverse en terreno firme si, determinando en primer lugar que el trabajo es efectivamente por cuenta ajena, califica la dependencia en su acepción moderna como un simple poder de dar órdenes en cuanto a la ejecución del trabajo, operando la transición desde una subordinación que nació, realmente, contemplando tan sólo el trabajo manual, a un poder organizativo o de dirección concebible, si el trabajo es por cuenta ajena, incluso de los servicios más cualificados técnicamente y respecto de las personas cuya potencia económica —precisamente derivada en muchas ocasiones de los conocimientos técnicos que poseen— hace anacrónica y casi ridícula, en sentido económico y por reflejo en sentido jurídico, la noción de subordinación (42). En definitiva, decir sin más aclaraciones y sin profundizar que “el contrato de trabajo cuenta como nota fundamental la dependencia no es una solución eficaz. Es cómodo, pero no es exacto” (43).

VI. LAS RELACIONES JURÍDICAS MARGINALES AL CONTRATO DE TRABAJO

Tanto interés como las sentencias que afirman la existencia del contrato de trabajo, tienen las que lo niegan frente a figuras próximas o las que intentan justificar las excepciones a la aplicación de la normativa de aquél por falta de alguno de sus requisitos esenciales. Seguidamente se hace un análisis somero de alguna de tales figuras contempladas desde este ángulo, completándolo a efectos sistemáticos con un estudio de la distinción, también dificultosa aunque por motivos distintos, entre las nociones de trabajador y de funcionario.

(42) Cfr. A. MARCANTONIO, *Appunti di Diritto del Lavoro*, Milán, 1959, pág. 8; la dependencia es hoy “un vínculo funcional..., variable y sutil, diverso en cada caso por lo que se va reemplazando por el más flexible y exacto del poder de dirección” (G. BAYÓN y E. PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1961, t. I, pág. 28). En el mismo sentido, G. H. CAMERLYNCK y G. LYON-CAEN (*Droit du Travail*, París, 1965, págs. 86 y sigs.), tras un cuidado análisis de la jurisprudencia francesa sobre la subordinación, afirman que el poder de dirección y control es el dato decisivo para la calificación y llegan a la conclusión de que aquella “adoptó un criterio elástico consagrando lo tenue que puede ser la relación de dependencia”. En muchas ocasiones, en la expresión de BATT (*Law of Master and Servant*, Londres, 1953, pág. 5) es un mero “poder de interferencia” en la actividad del trabajador, se actualice o no.

(43) G. BAYÓN, *Del contrato de trabajo al contrato profesional de servicios*, en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad de Madrid, Fac. de Derecho 1965, pág. 371.

A. *El personal directivo.*

Por precepto expreso de la Ley de Contrato de trabajo (art. 7), están excluidos de su regulación los contratos que ligan a los empresarios con el personal al que la propia ley llama "de alta dirección, de alto gobierno o de alto consejo". El enfoque de esta excepción podría haber sido el de que éstos, efectivamente, una excepción; esto es, el de que se trata de contratos de trabajo incluidos dentro de la definición genérica que de los mismos se da en el artículo 1.º de la Ley de Contrato de trabajo, pero exceptuados de su normativa. Podría haber sido, digo, porque el enfoque normal por la jurisprudencia ha sido el muy otro consistente en que, en vez de afirmar que son contratos de trabajo exceptuados, ha negado que fueran contratos de trabajo; y para fundamentar la negativa ha acudido de nuevo a la doctrina de la dependencia.

Del contrato del personal directivo se dice frecuentemente por la jurisprudencia que es un contrato de arrendamiento civil de servicios y no un contrato de trabajo, *por falta de relación de dependencia* (44). Como realmente esto no es así, a mi juicio, porque normalmente el trabajo directivo es un trabajo tan o tan poco dependiente como pueda serlo el no directivo, el resultado ha sido que también por esta vía la relación de dependencia ha venido a convertirse en expresión huera de sentido. La realidad es que el contrato de trabajo directivo es sencillamente, si a su naturaleza jurídica se atiende: un contrato de trabajo exceptuado de la normativa especial de los contratos de trabajo (45). También camina por vía muerta la dirección jurisprudencial que no vea en ellos una excepción y se remonte hasta negar su calidad de contratos de trabajo; quizás por consideraciones de este tipo, la jurisprudencia más reciente pone en duda si no nos hallaremos ("cuálquiera que fuere la opinión que, en un orden meramente doctrinal y de *lege ferenda* —y de decisiones anteriores del propio T. S., habría que añadir— pudiera profesarse") en realidad ante "auténticos trabajadores por cuenta ajena, exceptuados" (46).

Otro tanto puede decirse respecto de las excepciones concretas que

(44) Con toda claridad aparece este enfoque en S. T. S., 20.IV.1950: "evidentemente falta... la nota de *dependencia* que caracteriza la relación de trabajo como materia de la jurisdicción laboral —art. 1 de la Ley que la regula— y por ello —dice el art. 7— no rige para él esta Ley". (En el mismo sentido S. T. S., 23.XII.1948 y 6.X.1953, entre otras muchas).

(45) Por lo demás, esta es la posición doctrinal dominante en España; por todos, M. ALONSO GARCÍA: "los cargos directivos en suma, son verdaderos trabajadores por cuenta ajena" (*Derecho del Trabajo*, cit., t. II, pág. 108). En contra, J. M. ALMANSA PASTOR: *La exclusión de los altos cargos del Derecho del Trabajo español*, comunicación al I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo (*Rev. Política Social*, n. 71, 1966). En este trabajo puede verse un buen análisis de la jurisprudencia sobre este punto.

(46) S. T. S., S. 6.º, 6.III.1965.

aparecen en algunas reglamentaciones de trabajo (47), muchas veces fundadas no en consideraciones no jurídicas, sino en criterios —que por lo demás pueden ser muy respetables— de oportunidad político-social variables, como lo demuestra la accidentada historia normativa y jurisprudencial de alguna de las excepciones de que se está hablando (48).

Lo que se deja dicho, sin embargo, hace que los mismos criterios o indicios utilizados para determinar si existe relación de dependencia o no, sean usados también para decir si el trabajo tiene o no naturaleza directiva, fundamentándose sobre ellos, si el resultado de la indagación es afirmativo, la carencia de la jurisdicción de la de trabajo.

La existencia de un contrato de apoderamiento adicional al de trabajo no hace jugar sin más la excepción del trabajo directivo; se ha de tratar de un apoderamiento amplio y general que eleve al trabajador hasta el “alto cargo” al que se refiere el artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo (49). En el mismo sentido un “Director Técnico” sólo está exceptuado si realiza “funciones rectoras de la empresa en sí”, pero no si ejecuta las propias de “una dirección especializada” (S. T. S., S. 6.^a, 30.IX.1965).

Puede darse el caso de que una persona sea a la vez “alto cargo” (p. ej., miembro del Consejo de Administración) y trabajador (p. ej., empleado administrativo); en tal caso, “la que prepondera es la primera circunstancia, que por su importancia absorbe” la otra (S. T. S., S. 6.^a, 18.X.1965). Y por supuesto el nombre o designación de cargo no decide, sino las funciones que efectivamente se desempeñen (S. T. C., 4.XI.1963).

B. *Los representantes de comercio.*

En cambio, por precepto expreso de la Ley de Contrato de Trabajo, se reputa de trabajo el contrato que liga a sus principales a

(47) Por ejemplo, la de los agentes de seguros, establecida por el artículo 2, ap. e., de la Reglamentación de 28.VI.1957 y confirmada por reiterada jurisprudencia (S. T. S., 30.III.1950, 22.I.1952, 13.II.1954, 13.IV.1955 y 7.X.1958; S. C. T., 14.XII.1957). Muy discutible, por cierto, esta excepción.

(48) Léase, en demostración, el cuidado y minucioso preámbulo de la Orden Ministerial de Trabajo 13.VI.1964 sobre actores del “reparto” en Cine-matografía, en el que también se hace referencia a parecida, aunque no tan compleja, historia de los artistas “cabecera de cartel” en teatro.

(49) Con toda claridad: S. T. S., S. 6.^a, 22.V.1964 y 4.III.1965 afirmando la existencia de contrato de trabajo, por la restricción, a juicio de la Sala, en el apoderamiento adicional; S. T. C., 17.X.1963 y S. T. S., S. 6.^a, 20.XII.1965, negándola por su amplitud; en general, en esta última, “si bien es cierto que el apoderamiento notarial *por amplio que sea* (mío este subrayado) no desvirtúa el contrato de trabajo, cuando aquél es concedido para facilitar la tarea a realizar”... tal doctrina no juega cuando, como en el caso, “el actor y recurrente ejercía funciones de plena dirección... que obligan a calificarlas como de alta dirección y alto gobierno”. Para un caso límite ver S. T. S., S. 6.^a, 17.I.1966.

“las personas naturales que intervengan en operaciones de compraventa de mercancías” por cuenta y con arreglo a las instrucciones de aquellos. Pese a la relativa novedad del precepto —incorporado a la Ley de Contrato de Trabajo como párrafo 2.^º de su art. 6, por Ley 21/1962 de 21 de julio (50)— existe ya una muy abundante jurisprudencia sobre el mismo (51), que ha insistido enérgicamente sobre los requisitos esenciales del mismo según el texto legal, a saber, además de los definitorios, que las operaciones de compraventa (52) “exijan para su perfeccionamiento la aprobación o conformidad” del empresario-principal, y que el trabajador-agente mercantil “no quede personalmente obligado a responder del buen fin o de cualquier otro elemento de la operación” (53). Por supuesto, la jurisprudencia no ha tenido ni asomo de duda acerca de que si la relación se calificaba legalmente como laboral, la jurisdicción quedaba automáticamente atribuida a la de trabajo.

Dicho sea de paso el contrato de trabajo existe en este caso, según el nuevo artículo 6.^º, aunque “el trabajador no se halle sujeto a jornada determinada”, ni a “vigilancia en su actividad”, y aunque trabaje “por cuenta de uno o más empresarios”, con lo que quiebran virtualmente todos los indicios o criterios de dependencia; por lo demás, para el preámbulo de la Ley 21/1962, parece no es tanto la relación de dependencia como el trabajo por cuenta ajena la diferencia específica de lo que llama “la clásica relación laboral”. De ahí que la jurisprudencia, según dijimos más arriba, haya apreciado en estos contratos de trabajo, entre otros, la que denomina “debilitación” de la relación de dependencia.

C. *Las ejecuciones de obra.*

El artículo 1.^º de la Ley de Contrato de Trabajo dice que éste existe cuando una persona se obliga “a ejecutar una obra o a prestar

(50) Esta Ley había sido precedida por una O. M. de 27.VI.1960 que atribuía jurisdicción a la Magistratura de Trabajo para conocer de los pleitos entre los representantes de comercio y las empresas; pero la Sala 6.^a del T. S. declaró que carecía de validez y eficacia por su oposición a la L. C. T. (S. T. S., S. 6.^a, 11 y 18.I y 9.VII.1962).

(51) También son numerosas las decisiones dictadas aplicando el Decreto 2.412/1962, de 20 de septiembre, que, entre otras materias, regula los despodos de estos trabajadores. Para la jurisprudencia anterior a la Ley 21/1962, ver A. MAILLO NIÑO, *Los Representantes de Comercio y la Jurisdicción Laboral*, en *Rev. Política y Social*, núm. 56, 1962.

(52) Precisamente de compraventa, y no de otro tipo, según parece exigirse por la jurisprudencia (S. T. S., S. 6.^a, 9.II y 8.III.1966).

(53) Ver, p. ej., S. T. S., S. 6.^a, 27.I.1965; S. C. T., 21.XI.1963, 4 y 24.VI.1964, 10.III, 20.III y 11 y 12.VII.1965. Todas, entre otras muchas; como ha quedado dicho en el texto, las decisiones sobre representantes de comercio, especialmente las del Tribunal Central de Trabajo, son muy numerosas; hay más de un centenar de sentencias dictadas tras la reforma del art. 6. L. C. T.

un servicio" a otra; planteando así posiblemente una de las cuestiones más intrincadas de cuantas tiene planteadas el Derecho sustantivo español del Trabajo, a saber, si las ejecuciones o arrendamientos de obra, figura jurídica claramente diferenciada de los arrendamientos o prestaciones de servicios, pueden ser constitutivas de un contrato de trabajo; la cuestión trasciende al Derecho procesal, puesto que siendo la existencia del contrato de trabajo, según se ha dicho, la determinante objetiva de jurisdicción, de la solución que a la cuestión se dé, puede el que las prestaciones basadas en las normas reguladoras del contrato de arrendamiento de obra —o los conflictos surgidos de un contrato de ejecución de obra, según la terminología legal— puedan ser deducidos ante la jurisdicción laboral.

Hemos mantenido en otro lugar (54) que, a nuestro juicio y en nuestro Derecho, la ejecución o arrendamiento de obra es un contrato de trabajo, siempre que el trabajador o ejecutor de la obra, además de comprometer su trabajo personal, se limite a pretender por ella un salario, y no un lucro especial y distinto del salario, un beneficio, que es lo que califica un nuevo contrato: el contrato de empresa. Dicho de otra forma, y por virtud de la propia definición del artículo 1 de la L. C. T. la distinción tan clara en otros ordenamientos (p. ej., en Código de obligaciones suizo, arts. 319 y 363) entre prestación de actividad y prestación de resultado, a la que apunta también la división en las sec. 1.^a y 2.^a, cap. III, tít. VI, libro 4.^o del Código civil, para hacer del contrato de trabajo precisa y exclusivamente una modalidad del contrato o arrendamiento de servicios o prestación de actividad, esta construcción, digo, resulta muy forzada en nuestro derecho. A mi juicio, el tipo genérico del contrato de prestación, resultado o arrendamiento de obra, abarca, a la vez, contratos de trabajo y contratos de empresa, según haya o no beneficio. Esta opinión tiene algún apoyo en la jurisprudencia, especialmente en la dictada en materia de accidentes de trabajo; pero la tendencia jurisprudencial dominante es la de que las ejecuciones de obra no son contratos de trabajo, ni de ellas puede conocer, por consiguiente, la jurisdicción de trabajo (55). Nuevamente en defensa de esta tesis se ha traído a colación la relación de dependencia, manteniéndose que quien ejecuta una obra por cuenta de otro —a diferencia de quien le presta

(54) En *Pactos Colectivos y Contratos de Grupo*, cit., págs. 149 y sigs. En el mismo sentido, con gran precisión, M. DE LA CUEVA, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Méjico, 1943, pág. 452; y M. DEVEALI, *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1956, págs. 221-222.

(55) S. T. S., 29.III.1934 y 22.II.1954; S. C. T., 23.I.1958 y 19.II.1964. Sin embargo la jurisprudencia sigue aludiendo esporádicamente a la noción de "lucro especial", en tímidos intentos de establecer la distinción, dentro de las ejecuciones de obra, entre contratos de trabajo y contratos de empresa. Remitimos a las S. T. S. que citamos en *Pactos Colectivos* cit.; ver, p. ej., S. T. S. 27.I.1959; "... se obtiene un lucro especial... trocando (se) el salario en ganancia de empresa, por lo que el contrato no puede considerarse como de destajo"...

Por otro lado, doctrinalmente la equiparación estricta obligación de activi-

un servicio—no “depende” de éste (56); y con alguna timidez se ha avanzado la tesis, más fecunda en consecuencias y más sostenible doctrinalmente (aunque a nuestro juicio sigue siendo equivocada si se formula sin precisiones adicionales) de que la presencia de un tanto alzado en pago de la obra ejecutada no es una “remuneración” en el sentido que a esta expresión se da en el artículo 1.^o y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo, con lo que es por esto precisamente, con independencia de que la subordinación exista o no, por lo que la Magistratura de Trabajo debe declinar su jurisdicción (57). Pero es esta vía por la que quizá se pueda avanzar si se complementa con el análisis de si el ajuste o precio alzado comprende lo que el artículo 1.594 del Código civil llama “utilidad” (como algo adicional a “gastos” y “trabajo”) y lo que la propia jurisprudencia ha llamado en alguna ocasión, según veíamos, “lucro especial”. Y es claro que por ella se encontrarán ejecuciones de obra que efectivamente son contratos de trabajo, lo que, como vimos, dice el artículo 1 L. C. T., demuestra la realidad jurídica y, por otro lado, la jurisprudencia ha admitido implicitamente en más de una ocasión (ver, por todas, y como más reciente, la S. T. S., S. 6.^a, 12.IV.1966).

D. *El servicio doméstico.*

El contrato de servicio doméstico, no siendo legalmente un contrato de trabajo (art. 2.^o, apartado b), de la Ley de Contrato de Trabajo), tampoco puede fundamentar una pretensión ante la jurisdicción de trabajo (58). Creo que, como ocurría con el trabajo del personal directivo, lo que realmente ocurre es que el contrato del servicio doméstico es un contrato de trabajo exceptuado, lo que la jurisprudencia más reciente confirma (59), concepción que tiene su

dad, o de servicio, igual a contrato de trabajo, también se ha puesto en duda fuera de España (cfr. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di messi”*, en SANTORO-PASARELLI, *Contratto di opera* cit., pág. 4).

(56) S. T. S., 29.III.1934.

(57) S. T. S., 7.VII.1958. En cualquier caso se trata de una distinción difícil y, en casos límites, virtualmente imposible; ver, p. ej., S. T. C., 28.II.1964.

(58) Como servicio doméstico han sido considerados, en decisiones tan constantes como discutidas, los de los “chóferes o conductores de automóviles afectos al servicio particular y exclusivo del dueño del vehículo que no persiga fin de lucro” (S. T. S., 25.V.1951, 4.VI.1954 y 23.III.1956, entre otras muchas). El servidor doméstico no pierde este carácter por que se le afilie a los seguros sociales (S. C. T., 29.I.1958), ni aunque tal afiliación sea obligatoria (S. C. T., 14.VI.1965).

(59) “Se parte de la premisa equivocada de creer que los servidores domésticos se hallan al margen de la L. C. T.... porque la relación contractual que les vincula carece *per se* de los indispensables requisitos personales y objetivos para que pudiera asignársele naturaleza laboral, cuando es lo cierto que reúne todos los requisitos para que de tal se califiquen... a no ser, por las excepciones...”, etc. (S. T. S., S. 6.^a, 23.I.1965).

importancia por cuanto, al tratarse de una excepción, ha de ser interpretada restrictivamente, debiendo la Magistratura tender a calificar como contratos de trabajo y a ampliar su jurisdicción a todos los supuestos que no entren clara y terminantemente dentro de los límites de la excepción, que exige que el trabajo se haya contratado precisamente por un amo de casa que, además, no persiga fin de lucro y para desarrollar el trabajo precisamente en la casa o morada particular, y al servicio exclusivo del amo de casa, de su familia o de sus dependientes (60).

E. *El trabajo familiar.*

Los trabajos denominados familiares; aquí la regla parece ser más clara; la Ley de Contrato de Trabajo, después de hacer una descripción de a quiénes reputa familiares a estos efectos y qué trabajos son familiares, dice que la excepción se da siempre que quienes trabajen "no se consideren asalariados"; lo que quiere decir que la presencia de un salario hace desaparecer la naturaleza familiar del trabajo y surgir el contrato de trabajo y, con él, la jurisdicción de la Magistratura (61). Al propio tiempo no debe olvidarse que el trabajo llamado familiar sólo es posible legalmente que lo presten "personas de la familia o por ella aceptadas"; expresión esta última que hay que entender en el sentido de personas admitidas en la comunidad familiar y que disfruten de todos los beneficios económicos y de toda índole propios de quien es miembro de la familia; evidentemente el trabajo familiar de un acogido puede ser un contrato de trabajo encubierto, para sustraerlo a las normas imperativas que regulan éste, lo que es una cuestión de hecho a dilucidar por la Magistratura de Trabajo, por quien forzosamente se ha de entrar en el tema, puesto que de la solución que al mismo dé depende que declare o niegue su propia jurisdicción para conocer de la pretensión que ante ella se haya deducido (62).

(60) El trabajo de "ornato y cuidado del jardín de una finca de recreo" prestado a una "ama de casa", aun unido al "cultivo... de una pequeña porción de terreno de huerta en beneficio exclusivo y para el consumo de aquélla", no priva al servicio doméstico de tal carácter (S. C. T., 19 de diciembre de 1957). En esta decisión, por cierto, se contienen declaraciones arriesgadas sobre las características que el contrato de trabajo ha de tener para ser incluido en el art. 1 L. C. T. ("concepto subjetivo de empresas", "objetivo de producción" y "operación o negocio lucrativo"). Para un caso probablemente límite y muy dudoso, ver S. T. C., 25.IX.1964.

(61) S. T. S., 21.XII.1933, 11.IX.1939, 21.I.1946, 5.X.1950 y 18.VI.1954.

(62) El Magistrado debe indagar, además, si el salario no pagado es debido; ver S. C. T. 14.I.1958; y el hecho de que se afilie al familiar a los seguros sociales puede ser un "acto de complacencia" que no contradiga el carácter familiar del trabajo (S. C. T., 12.II.1958); una relación ilegítima —p. ej., la extramarital convivencia entre hombre y mujer— puede asimilarse al acogimiento (S. T. C., 22.IX y 23.X.1964).

F. Trabajos benévolos e intercambio de servicios.

Finalmente carece de jurisdicción la Magistratura para conocer de los servicios de carácter, ocasional o no, llamados por la L. C. T., "amistosos, benévolos, o de buena vecindad"; lo que es muy dudoso es que realmente tales servicios sean no ya un contrato de trabajo, sino ni siquiera un contrato, al faltar, por parte de quien presta trabajo y de quien lo recibe, el ánimo de obligarse; todo lo más pueden ser configurados como pactos presididos por el ánimo de liberalidad y, por consiguiente, como figuras jurídicas próximas a la donación (63). Los "fines desinteresados" de que habla la jurisprudencia (64) en relación con los servicios benévolos son manifestación de la ausencia de *animus obligandi*. Un jurista anglosajón diría con toda seguridad que falla la *consideration* y, con ella, el vínculo obligacional. Siento no poder detenerme aquí en la obsesión contractualista que hace de la donación un contrato.

No se han de confundir los servicios amistosos, benévolos y de buena vecindad, con los contratos a los que acostumbra a llamarse de intercambio de servicios, bastante extendidos en nuestro régimen consuetudinario agrícola. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado que estos contratos fueran de trabajo y, consiguientemente que la jurisdicción de trabajo pudiera conocer de las pretensiones basadas en los mismos, acudiendo nuevamente a la panacea de la relación de dependencia. Muy dudosa esta doctrina jurisprudencial (65).

G. Deportistas: aficionados y profesionales.

El deportista aficionado, aunque participe en un deporte colectivo y aunque se integre para su práctica en una organización o *club*, no trabaja —juega, que es cosa muy distinta (66)— ni percibe, por tanto, retribución, ni tiene el ánimo de comprometer frente a nadie su actividad; no está ligado consiguientemente por un contrato de trabajo, ni, probablemente, por contrato alguno.

Pero del deportista profesional ha de decirse justamente lo contrario; este no juega, sino que trabaja; no practica el deporte "por pura afición y divertimiento, sin ánimo profesional y de lucro" (67),

(63) S. T. S., 23.X.1946.

(64) S. T. S., 4.XII.1965.

(65) S. T. S., 16.X.1953 y 4.II.1957; en esta última el contrato de intercambio de servicios se equipara al servicio amistoso. Ver sobre este tema G. BAYÓN CHACÓN, *El contrato de intercambio de servicios*, en *Rev. Derecho del Trabajo*, núm. 21, 1957.

(66) Sobre la distinción entre trabajo y juego, remitimos a M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963, págs. 17 y sigs., y bibliografía que allí se cita.

(67) J. CABRERA BAZÁN, *El Contrato de Trabajo Deportivo*, Madrid, 1961, pág. 242; conforme a las calificaciones olímpicas no es "aficionado" el deportista "que haya sido... profesional en su deporte o en cualquier otro", ni el que haya recibido compensación por salarios perdidos; *loc. cit.*, pág. 24.

sino con ánimo de obtener los medios necesarios para su subsistencia, con lo que su trabajo es productivo; y en cuanto se ofrezca a un tercero mediante retribución que a su vez lo ofrezca al público mediante precio como espectáculo, trabaja por cuenta ajena, siendo así el contrato un contrato de trabajo.

Y sin embargo, esta materia está aparentemente fuera del ámbito de la jurisdicción de trabajo, y de toda otra distinta de la cuasi-jurisdicción que ejerce en virtud de sus Estatutos (aprobados por Orden de 7.VI.1945) la Delegación Nacional de Deportes, y de la delegada de las Federaciones de los distintos deportes, que se refleja en cláusulas contractuales de adhesión por las que el deportista y su *club* aceptan la "renuncia expresa a la jurisdicción de toda autoridad o tribunal y a cualquier otro derecho o procedimiento que no sean los establecidos en los reglamentos de la Real Federación...". Con toda seguridad esta renuncia es nula, como nulas son también las normas en que se basan, entre otras razones por su rango normativo ínfimo frente al legal del artículo 1 del T. R. P. L.; con lo cual queda dicho que, dada la naturaleza laboral de la relación, es evidente la jurisdicción que poseen las Magistraturas de Trabajo (68).

De hecho, sin embargo, las Federaciones ventilan en su seno las reclamaciones y conflictos, con algún recurso ocasional ante la Delegación Nacional de Deportes, y sin que las partes acudan a los tribunales; es claro que no se trata sino de una situación de hecho, a la que no puede ser ajena el temor reverencial a las sanciones (ilegítimas, esto es obvio), la de prohibición de la práctica del deporte, entre ellas, que se pueden imponer al que acude a la instancia extraña. Pero de esta situación deriva la inexistencia de jurisprudencia, salvo en algún supuesto marginal (69).

Tras la Ley 77/61, de 23 de diciembre, que explícitamente atribuye "la jurisdicción disciplinaria del deporte en toda su extensión" a la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes (art. 24), aparece una base legal estricta para la exclusión de la jurisdicción de los tribunales *en materia sancionadora*; no en las demás —p. ej., en una reclamación por remuneraciones— ni, por supuesto, en una sanción absurda que pretenda imponerse porque los salarios —en el ejemplo— se reclamen ante un órgano jurisdiccional (laboral, conforme a lo dicho más arriba).

H. "Personal civil" de establecimientos militares.

Las relaciones entre el establecimiento militar y su personal civil

(68) Tal es la tesis de J. Cabrera Bazán, que comproto, tras un estudio minucioso del tema en *loc. cit.*, págs. 238 y sigs. El párrafo que se transcribe en el texto procede del contrato tipo de los jugadores de fútbol; también en *loc. cit.*, págs. 359 y sigs.

(69) Ver S. T. C., 31.X.1963 (demanda contra la Mutualidad de Futholistas).

no funcionario son, evidentemente, las propias de un contrato de trabajo. La norma reguladora de estas relaciones no puede ser más clara al respecto; en efecto, la "Reglamentación del trabajo personal civil no funcionario dependiente de los establecimientos militares" (aprobada, por cierto, por un Decreto —de la Presidencia del Gobierno, Decreto 20.II.1958— y no por Orden ministerial que es el rango normal de la norma que aprueba las Reglamentaciones de Trabajo) comienza diciendo, en su artículo 1, que "se regirán por el presente Reglamento *las relaciones laborales* entre los *trabajadores* civiles no funcionarios y los establecimientos militares de los ejércitos de tierra, mar y aire".

Con ello, la jurisdicción competente para conocer de los conflictos que se susciten en torno a tales relaciones, evidentemente, debería serlo la de trabajo, si no fuera porque la propia Reglamentación, artículo 90, tras de establecer una vía administrativa, que concluye en el Ministro del ramo, para resolver lo que denomina "las reclamaciones que precise interponer el personal para la más adecuada aplicación de lo que dispone el presente Reglamento", si no fuera porque, digo, este artículo 90 concluye estableciendo que "contra la decisión del Ministro no se dará ulterior recurso ante la jurisdicción de trabajo ni cualquiera otra ordinaria o especial".

La norma reglamentaria es, pues, la de que estos asuntos están excluidos de toda revisión jurisdiccional. No obstante lo cual, y cuando menos en una sentencia, la jurisdicción contencioso-administrativa ha entrado de lleno a conocer, haciendo caso omiso del párrafo último del artículo 90 y sin ningún razonamiento en virtud del cual, pese al mismo, afirmara su jurisdicción (S. T. S., S. 4.^a, 17.XII.1965).

I. *El supuesto especial de los funcionarios públicos.*

Según se ha dicho, a la jurisdicción de trabajo corresponde conocer de los conflictos que surjan entre el Estado y demás entes públicos y las personas ligadas a los mismos por un contrato de trabajo; a sensu contrario la jurisdicción de trabajo no puede conocer de los conflictos que surjan entre el Estado y demás entes públicos y las personas ligadas a los mismos por una relación de función o empleo públicos. La norma procesal tiene su paralelo sustantivo en la Ley de Contrato de Trabajo, según la cual si bien "el Estado... queda equiparado a los empresarios... respecto de las obras y servicios públicos que se ejecuten directamente o por administración" (art. 5, párrafo 3.^o), lo que quiere decir que se entiende existente una relación de trabajo y, consecuentemente, un contrato de trabajo, presupuesto y origen de tal relación; esto no obstante, "los funcionarios públicos se regirán por su legislación especial" (art. 8), lo que quiere decir, a su vez, que quien ostente la calidad de funcionario se entiende ligado

al Estado —y demás entes públicos— por relación distinta a la de trabajo.

En el pasado (no muy remoto por lo que a España toca, en la que no hay que retroceder más que una treintena de años), cuando ocurría, en primer lugar, que sólo se reputaba existente el contrato de trabajo respecto de los trabajadores *manuales*, esto es, respecto de aquellos en cuyo trabajo predomina la energía o actividad física aplicada directamente sobre la materia, y en segundo término, que el personal al servicio de los entes públicos era casi exclusivamente de índole burocrática —el militar aparte— y, por ello mismo, desarrollaba un trabajo al que con mayor o menor propiedad se denomina intelectual, la distinción entre relación de empleo público y relación de trabajo era relativamente sencilla; mientras que hoy, en que ocurre justamente lo contrario (se reputa contrato de trabajo el de los trabajadores llamados intelectuales, de un lado; y los entes públicos tienen a su servicio grandes masas de trabajadores de los llamados *manuales*), la separación no es tan fácil. Sin que se trate, dicho sea de paso, de problema peculiar de nuestro país, sino virtualmente de todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos, incluidos los de los países socialistas, hasta el punto de que se ha podido llegar a la conclusión, tras un estudio amplio de Derecho comparado, de que “la definición de funcionario es arbitraria... funcionarios son quienes el Gobierno dice que lo son” (70).

La indagación, en nuestro ordenamiento, para ser útil, ha de realizarse teniendo muy en cuenta las distinciones con las que se va a operar a continuación

a) *Personal al servicio del Estado.*

La presunción se halla en favor de que quien se encuentra al servicio del Estado es un funcionario público y en contra, por consiguiente, de que la relación que existe sea la derivada de un contrato de trabajo; antes de la promulgación de la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado (Decreto 315/64, de 7 de febrero; la Ley de Bases que se articula es la 103/1963, de 20 de julio), la noción contenida en el artículo 119 del Código penal, a tenor de la cual “se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley, o por elección, o nombramiento de la autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas” —aunque con ocasionales protestas de que era noción válida enteramente sólo a efectos penales— servía realmente de base de discriminación a todos los efec-

(70) Ver F. SCHMIDT, *Public Officials as a Separate Category of Employes*, informe general, VI Congreso Int. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Estocolmo, 1966.

tos (71), y en virtud de ella se entendió que están ligados con el Estado por una relación de empleo público todos aquellos respecto de los que no exista norma terminante y expresa que diga que son legalmente trabajadores y que sus relaciones con el Estado son las propias de un contrato de trabajo, o diga, lo que en el fondo viene a ser lo mismo, que sus relaciones con el Estado se regirán por la Ley de Contrato de Trabajo, o por las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo, o por una Reglamentación Nacional de Trabajo determinada.

La Ley de 7.II.1964 contiene ciertamente un concepto de funcionario civil del Estado —“funcionario de la Administración pública”, en su terminología—, al decir en el artículo 1 que son tales “las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo”; ni la profesionalidad en el vago sentido en que se utiliza la expresión en este texto, ni probablemente en ningún otro más preciso distinto de la no designación electiva o política estricta, ni la retribución, diferencian la relación de trabajo de la de empleo público; con lo que el dato definitivo del funcionario está en que las relaciones con la Administración estén reguladas por el Derecho administrativo; pero esto ha de ser regla general respecto del personal al servicio de la Administración y, desde luego, a mi juicio, la regla presuntiva; tanto más cuanto que el concepto de funcionario se distiende al no aparecer en la Ley de 7.II.1964 ningún indicio en virtud del cual deban ser excluidos de sus preceptos sobre funcionarios quienes ejecutan trabajos manuales, y al admitirse como funcionarios a los denominados “de empleo” (art. 3. 1), que “pueden ser eventuales o interinos” (art. 33) y que “pueden ser nombrados y separados libremente” (art. 102).

En cambio, respecto del personal al que no se concede por la Ley el nombre de funcionario, parece reaparecer una distinción entre trabajadores “manuales” y “no manuales” recurrente en nuestro Derecho. La Ley de 7.II.1964 autoriza a la Administración —concretamente a los Ministros, art. 6— a contratar “personal” para “estudios, proyectos, dictámenes y otras prestaciones”; “estudios, proyectos y dictámenes” refieren, sin duda, al trabajo intelectual; cabría pensar que el manual estaría incluido dentro de las “otras prestaciones”; pero entonces no se ve cuál pueda ser el sentido ni a quien concretamente refiere el artículo 7 de la propia Ley que, a su vez, dice

(71) “Participar en el ejercicio de funciones públicas” (S. T. S., 12.I.1951) o “prestar un servicio de carácter oficial” (S. T. S., 4.VI.1940), “capacidad para la realización de actos administrativos trascendentles a los particulares” (S. T. S., S. 6.^a, 10.III.1965), “desarrollar su actividad en la realización de un servicio público” (S. T. S., S. 6.^a, 22.VI.1966) y, específicamente, “tener la calidad de agente de la Autoridad a los efectos del Código penal” (S. T. C., 1.II.1964), atribuyen la calidad de funcionario público. Cuando se ha querido alguna mayor precisión (por ejemplo, S. T. S., 3.XI.1952) se ha llegado a conclusiones insostenibles por su rigidez.

que "son trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter". Creo, pues, que el artículo 6 refiere a trabajos técnicos y burocráticos y el artículo 7 a trabajos manuales, y que en realidad este último no quiere referirse a los trabajadores en el sentido amplio que esta expresión tiene en la Ley de Contrato de Trabajo, sino en el específico de trabajadores manuales u "obreros", siguiendo el precedente, del que se habla más abajo, de la Ley sobre entidades estatales autónomas de 26.XII.1958.

Por lo demás, el problema jurisdiccional respecto de este personal "contratado" está claramente resuelto en la Ley de 7.II.1964. Respecto del artículo 6, el propio artículo dice, en su apartado 5, que "los litigios a que pueda dar lugar la interpretación, ejecución y resolución de estos contratos se someterán a jurisdicción contencioso-administrativa". Respecto de los "trabajadores" del artículo 7, el silencio de la ley, tanto más significativo cuanto que se produce tras la declaración expresa transcrita, y el que se afirme, en cambio, que su contratación se hará "de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable", no deja lugar a duda alguna, a mi juicio, sobre que la jurisdicción competente es la de trabajo, al amparo justamente del artículo 1 del T. R. P. L. en su número 1 dice terminantemente que "se considerarán empresarios el Estado... respecto de los trabajadores que tenga a su servicio".

Ahora bien, toda esta "contratación" a la que se refieren los artículos 6 y 7 de la Ley de 7.II.1964 es excepcional, exige autorizaciones específicas y ha de hacerse con este carácter, con lo que, en principio, por consiguiente, todo el que está al servicio del Estado es un funcionario público ligado por una relación de función o empleo públicos; sólo la norma expresa de sometimiento a la ley o reglamentación *de trabajo*, o a convenio colectivo, patentiza la existencia de contratos de trabajo y nos muestra al Estado como empresario. En cuanto existe una "legislación especial", como dice la Ley de Contrato de Trabajo, esto es, normas administrativas distintas de las típicas laborales para regular la relación, esta no es de trabajo. Evidentemente, la Ley de 7.II.1964 ha querido abrir toda la gama de posibilidades a la Administración: relación de empleo público muy ampliamente entendida, relación de trabajo, relación *sui generis* e imprecisa en su artículo 6.^o (72). Pero con la regla general presuntiva en favor de la relación pública de empleo y del funcionario.

(72) Sobre la naturaleza jurídica de la contratación al amparo del artículo 6.^o, ver el estudio de J. A. UCELAY MONTERO, *Notas al régimen jurídico aplicable al "personal contratado" por la Administración Central*, en L. E. DE LA VILLA, *Estudios de Administración Laboral*, Alcalá, 1966. Estaría de acuerdo con prácticamente todas las afirmaciones de este libro, excepto con la de que "el texto articulado de 7 de febrero de 1964 patentiza el fenómeno de la creciente desfuncionarización del personal que sirve a la Administración Pública" (pág. 208). Más bien creo que el texto de 1964 va a una funcionalización masiva a través de los funcionarios de empleo e incluso a través de los propios "contratados" del artículo 6.^o, a los que Garrido Falla, por cierto, denomina

Se dirá que estos criterios carecen de todo rigor teórico; es verdad. La realidad es que no existe hoy en los supuestos ordinarios ninguna diferencia verdaderamente sustancial entre el trabajo al servicio del Estado y el trabajo al servicio de una empresa privada. Todas las notas que sirven para tipificar el contrato de trabajo y la relación jurídica que de él emana convienen a la relación que liga a la Administración pública con sus funcionarios. Precisamente porque no existe ninguna diferencia sustancial, la distinción tiene que ser, y de hecho lo es, completamente arbitraria y de *lege data* (73). La Ley de 7.II.1964 no ha modificado esta situación como no sea para reforzar la presunción de que quien trabaja para la Administración es un funcionario.

Y no se crea que el problema de calificación es de mero interés teórico; antes bien de la calificación como funcionario o trabajador derivan efectos accesorios importantes; por ejemplo, la obligación del Estado de proteger a su personal mediante el régimen general de seguros sociales sólo existe respecto de "su personal de toda clase *que... no tenga... la condición de funcionario público*" (Ley 26.XII.1958, art. 1); precepto confirmado por la Ley de Seguridad Social de 21.IV.1966, que sujeta al régimen general al "personal civil *no funcionario* dependiente de organismos, servicios o entidades del Estado de carácter civil" (art. 61.2c.), mientras que los "funcionarios públicos civiles y militares" (art. 10.2.d.) estarán en su día sujetos a un régimen especial a establecer por la Ley formal distinta de la general (art. 10.4.), que presumiblemente refundirá las prestaciones hoy concedidas en virtud del Estatuto de Clases Pasivas, sus múltiples dis-

"funcionarios contratados", razonando cómo y por qué, en algunas de sus modalidades, entran dentro de la definición de funcionario de la Administración pública del artículo 1." Incidentalmente hay que decir que el propio Garrido Falla entiende, aunque no lo diga explícitamente (lo hace a través de un ejemplo: "el contrato será laboral si se trata de un carpintero o de un albañil"), que el artículo 7º no refiere en general a los trabajadores en el sentido de la L. C. T., sino a los obreros o trabajadores manuales (F. GARRIDO FALLA, *La nueva legislación sobre funcionarios públicos*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 43, 1964, págs. 389-391).

Téngase además en cuenta que hay funcionarios del Estado no sujetos a la Ley de Funcionarios; desde luego, los militares; pero también "*los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia*" (art. 2.2.a.); estos funcionarios están regulados por la Ley 11/1966, de 18 de marzo, los de la jurisdicción ordinaria; y por la Ley 33/1966, de 31 de mayo, los de la Jurisdicción de Trabajo), y "*los funcionarios que no perciban sueldos con cargo a consignación de los presupuestos Generales del Estado*" (art. 2.2.c.).

(73) Es tal la identificación, que la jurisprudencia ha creído ver en algunas personas una personalidad dual, como trabajadores y como funcionarios. (*Vid.* el Decreto decisorio de competencia de 4.IX.1958).

posiciones complementarias (74) y la fenomenal variedad de las pre-vistas en las múltiples mutualidades de funcionarios (75).

b) *Personal al servicio de las entidades locales.*

Hasta qué punto es cierto cuanto se ha dicho en el apartado anterior es cosa que se comprueba inmediata y directamente en éste; en efecto, según el Reglamento de empleados de la Administración Local (Decreto de 30.V.1952), toda persona al servicio de una Entidad u Organismo local ha de estar forzosamente incluida en uno de estos dos grupos:

1.º “Quienes presten... servicio manual similar al de artes, oficios o industrias comprendidos en la vigente legislación de trabajo”; en una palabra, los trabajadores manuales.

2.º Por exclusión, todos los no comprendidos en el apartado anterior; si seguimos utilizando la distinción —un tanto burda y que obliga a llamar trabajadores intelectuales a operarios tales como porteros u ordenanzas, y manuales a trabajadores de alta cualificación— entre trabajadores intelectuales y manuales, este segundo grupo lo forman los “intelectuales”.

Pues bien: todos los incluidos en este grupo 2.º son funcionarios de Administración local, sean empleados en propiedad, interinos o accidentales; su relación lo es de empleo público.

En cuanto a las incluidos en el apartado 1.º (los “manuales”), si prestan servicio *permanente* (de duración superior a dos años), el organismo local de que se trate podía optar entre adscribirlos “*como funcionarios de servicios especiales o subalternos*”, o considerarlos “*como obreros de plantilla*”, pero bien entendido que la relación de los obreros de plantilla con la Corporación “será de carácter estrictamente administrativo”, lo que quiere decir que se les consideraba también como funcionarios, aunque no se hiciera tal manifestación expresa (76); naturalmente, si “se acredita una función permanente, (de más de dos años), aun cuando el nombramiento fuese interino”, la relación es administrativa, no laboral (S. C. T., 10.VII.1965). Hasta qué punto esta interpretación del Reglamento de 30.V.1952 es la adecuada, es algo que ha venido a quedar demostrado por la Ley 108/1963, de 20 de julio, que suprime la categoría de “*obreros de plantilla*” y dispone que todos los que están desempeñando plazas de

(74) Entre ellas, y como básica, el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1.120/1966, de 21 de abril, aplicable a las pensiones causadas por los funcionarios que estuvieren en servicio activo en 1.X.1965 (art. 1.1).

(75) Remitimos al respecto a M. ALONSO OLEA y E. SERRANO GUIRADO, *La Seguridad Social de los Funcionarios Públicos*, Madrid, 1957.

(76) Así lo ha confirmado la jurisprudencia; S. T. S., S. 6.º, 27.XII.1960 y 24.II.1961.

tales "se comprenderán en lo sucesivo en la plantilla de funcionarios subalternos o de servicios especiales" (disp. final 2.º).

En todos los supuestos anteriores existe entre la Administración local y la persona a su servicio una relación de Derecho administrativo, de empleo público; no una relación de trabajo. Consecuentemente, sólo puede existir un contrato de trabajo, respecto del personal *manual no permanente* al servicio de los entes locales (77), entendiendo por no permanencia, punto sobre el que la Ley 108/1963 guarda silencio, la inferior a dos años. De la existencia del contrato de trabajo derivan, entre otros efectos, independientemente de los jurisdiccionales, la obligación de la Corporación local de afiliar y cotizar a la Seguridad Social general por tales trabajadores, en virtud de la Ley de 26.XII.1958, salvo que "tengan establecida, con tal carácter permanente, la obligación de consignar y consignen en sus respectivos presupuestos" créditos para hacer efectivas prestaciones equivalentes (Decreto 386/59, de 17 de marzo; art. 2) (78). Y la muy importante de que "su retribución, así como por lo que afecta a los devengos absorbibles y al horario de trabajo, se regirán por las disposiciones del Decreto 55/1963, de 17 de enero (sobre salarios mínimos, que, por cierto, no contiene norma alguna sobre "horario de trabajo", aunque sí la regla de que los salarios que fija "se entienden referidos a la jornada ordinaria de trabajo en cada actividad"), sus normas complementarias y las que cite el Ministerio de la Gobernación", aunque en ningún caso puede exceder de las fijadas para los mismos o análogos puestos si cubiertos por funcionarios. "sin perjuicio de lo que disponga la legislación aplicable" (Ley 108/1963, art. 1.4), norma por lo demás confusa que quizá deba ser entendida en el sentido de que les afectan las modificaciones ulteriores del salario mínimo.

Por lo demás, la Ley 108/1963 prohíbe para el futuro el nombramiento de "personal interino, temporero, eventual, de suplencia o en cualquier otro concepto que no sea en propiedad" (art. 9.1), con lo que realmente, para el futuro, el personal de cualesquiera calificaciones al servicio de la Administración local será siempre funcionario o sujeto a régimen administrativo.

Se puede añadir aún que la realización de obras por el sistema de prestación personal no genera, según la jurisprudencia, una relación de trabajo entre el vecino y el Ayuntamiento (79); lo cual, probablemente, es de una gran corrección técnica, pero tiene el gravísimo defecto de que la muerte (u otra cualquier resulta) en accidente du-

(77) En este sentido S. T. S., S. 6.º, 8.X.1964 y S. C. T., 20.XII.1957 y 24.XII.1957; más confusas, S. T. S. 23.XII.1957 y S. T. S. 9.XII.1958; esta última acumula requisitos que ninguna norma exige.

(78) Este doble requisito (obligación de consignar y consignación efectiva) ha sido enérgica y reiteradamente exigido por la jurisprudencia; ver muy precisa S. T. S., S. 4.º, de 13.XII.1965; importante por el Ayuntamiento afectado, S. T. S., S. 4.º, 31.X.1963.

(79) S. T. S., S. 6.º, 24.VI.1965.

rante la prestación no está protegida, situación que convendría sobremanera remediar.

Finalmente, es importante señalar que el ente local es una empresa a todos los efectos respecto de su personal manual no permanente, salvo, probablemente, a los de encuadramiento y afiliación sindical por eso resulta anómala la doctrina de alguna sentencia (80) según la cual como "los Ayuntamientos no pueden ser confundidos con las empresas privadas", a su personal no funcionario (eventual, temporero) no les son aplicables las disposiciones sobre despidos por crisis.

c) *Personal al servicio de organismos autónomos.*

Según el sistema de la Ley 26.XII.1958, el personal al servicio de los Organismos autónomos ("Entidades de Derecho Público creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado...", etc.; artículo 2 de la Ley; el Decreto 1.348/62, de 14 de junio, contiene la relación nominal de los existentes), a excepción de *los obreros* (art. 79), tiene la calidad funcionario, cuya relación jurídica con el Organismo al que sirven "es de carácter administrativo", a tal punto que a falta de normas peculiares, se les aplican con carácter supletorio, las "relativas a los funcionarios de la Administración del Estado". En cambio, los obreros "se regirán por las disposiciones del Derecho Laboral". La ley, sin embargo, dista mucho de ser clara porque para ostentar la calidad de funcionario público de un organismo autónomo se exige haber ingresado en el mismo "previa oposición o concurso" (art. 82) y se puede dar el caso de, al tiempo, no ser obrero ni haber ingresado por los procedimientos dichos, problema abordado por la jurisprudencia en alguna ocasión sin sentar criterios terminantes utilizando, en la imposibilidad práctica de aplicar los legales, los de la formalidad o autoridad de que había emanado el nombramiento y el carácter indefinido o eventual con que este había sido conferido. (81).

Lo curioso del caso es que en nuestra legislación positiva no existe una noción de *obrero*, sino una noción de trabajador en la que, dicho sea de paso, están incluidos prácticamente todos los que la Ley de 26 de diciembre de 1958 llama funcionarios. Es evidente, sin embargo, que lo que late en la Ley recién citada es la distinción siempre recurrente entre trabajadores manuales e intelectuales. Y que se llama obreros a los manuales, con lo que, al cabo de treinta años, se ha venido a hacer, respecto de los organismos autónomos cuando menos, del Derecho del Trabajo el Derecho del trabajador manual; lo que demuestra el arcaísmo de la ley que se comenta en esta materia, frente a la postura mucho más lógica, racional y progresiva

(80) S. T. S., S. 4.^a, 26.V.1965.

(81) Un análisis de estos preceptos en S. T. S., S. 6.^a, 19.V.1960 y en S. T. S., S. 5.^a, 3.VI.1966.

de las disposiciones, más arriba analizadas, sobre personal al servicio de las administraciones locales.

Sea ello lo que fuere, lo cierto es que legalmente solo existe relación de trabajo entre los Organismos autónomos y sus trabajadores manuales; a los conflictos surgidos de esta relación es a los que se restringe, en esta materia, el ámbito de la jurisdicción de trabajo. Respecto del resto del personal, la jurisdicción competente presumiblemente es la contencioso administrativa, aunque pueda darse el caso de que en vía gubernativa haya conocido el Ministerio de Trabajo (82).

d) *Personal al servicio de las Entidades gestoras de la Seguridad social.*

Una excepción, y bien importante, a cuanto se acaba de decir, es la constituida por el régimen jurisdiccional del personal al servicio de estas "entidades", por utilizar la denominación legal.

Las Entidades Gestoras de la Seguridad Social son personas jurídicas de Derecho público sometidas a "la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo", excluidas de la Ley de 26.XII. 1958 conforme a los artículos 5.c. de la misma y 38.2 L. S. S.; realmente son Entidades estatales autónomas (en algún caso modalizadas por su estructura mutua) no sometidas a las normas generales de estas (Ley 26.XII.1958), sino a las suyas específicas. (L. S. S.) (83).

Pues bien: respecto del personal al servicio de estas entidades (salvo el "directivo o que ocupe cargos de confianza"), cuya relación con las mismas se califica de "estatutaria", la L. S. S., terminantemente y sin distingo alguno, atribuye jurisdicción a la de Tra-

(82) Con este extraordinario supuesto, respecto de un empleado del Patrimonio Forestal del Estado, se enfrenta la S. T. S., S. 5.^a, 5.X.1965; en ella se sienta la afirmación terminante para fundar la jurisdicción de que "todo empleado de cualquier ente autónomo del Estado, aun cuando no tenga la consideración de funcionario, no por ello deja de ser personal de la Administración Pública, concepto más amplio"; lo que no se ve claro es por qué los obreros no entran en este concepto más amplio. Para el supuesto normal de funcionario de organismo autónomo ver la muy expresiva S. T. S., S. 5.^a, 3.VI.1966.

(83) Para la caracterización de estas entidades ver los muy cuidados artículos 38 y 39 L. S. S.; del I. N. P. y "demás Entidades Gestoras de análoga estructura" se dice que "tendrán la naturaleza de Entidades de Derecho Público"; de las Mutualidades Laborales y "las Entidades similares de estructura mutualista" se afirma que "tendrán la naturaleza de Corporaciones de interés público" (L. S. S., art. 39. 1 y 2). Aunque expresiones tan matizadas envuelvan posibles diferencias de régimen jurídico, no creo que queda duda acerca de que todas ellas son personas jurídicas de Derecho público y, más concretamente, entidades estatales autónomas de régimen especial. Ver, respecto de las Mutualidades Laborales ("personas jurídicas públicas no estatales", pág. 299) y del Mutualismo Laboral como conjunto ("servicio público de carácter social", págs. 289 y 292), J. L. MEILAN GIL, *El Mutualismo Laboral*, Madrid. 1963; págs. 286 a 308.

bajo: "la Jurisdicción de Trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal" (art. 45.2) (84). No creo que esta declaración procesal pueda ser traspuesta al derecho sustantivo sino diciendo que nos hallamos ante relaciones de trabajo.

Son, desde luego, Entidades Gestoras el Instituto Nacional de Previsión y las Mutualidades Laborales, "Entidades Gestoras del Régimen General de Seguridad Social", según L. S. S., art. 194.1; las relaciones entre las mismas y su personal, hay que reputarlas por consiguiente, derivadas de contratos de trabajo; la misma solución respecto de la Mutualidad Nacional Agraria de la Seguridad Social, Entidad Gestora del régimen especial agrario de la Seguridad Social, en el dudoso supuesto de que pueda tener personal propio, habida cuenta de que ha de utilizar "los órganos, servicios y medios" del I. N. P. (Ley 38/1965, de 31 de mayo, art. 50.1).

Queda, sin embargo, en la duda si lo dicho es aplicable al personal sanitario, puesto que este "prestará sus servicios conforme al estatuto jurídico que reglamentariamente se establezca" (L. S. S., artículo 116.a), que podrá o no ser igual, en cuanto a atribución jurisdiccional, al general de personal de las entidades gestoras. Específicamente para las cuestiones relativas a declaración y provisión de vacantes de personal sanitario, los acuerdos de la Entidad Gestora son recurribles ante una Comisión presidida por un Magistrado de Trabajo (L. S. S., art. 114.1) (85). La jurisprudencia anterior a la L. S. S., "sin que ello lleve a considerarlos o no como funcionarios públicos" —pero sí genéricamente como "personal de la Administración Pública" o, más vagamente, como "personas al servicio de un seguro que acusa evidentemente un interés público" tenía declarada la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto a los médicos del Seguro de Enfermedad (86). Pero también la tenía

(84) La propia norma había existido ya para el personal del I. N. P. desde la O. M. 8.XII.1947, continuada por el Decreto de 14.VI.1957 y O. M. de 24.I.1958, y acogida por la jurisprudencia (S. T. S. S. 5.^a, 10.XI.1960 y 6.VI.1966; S. T. C., 20.V.1965, que además la hizo extensiva al Servicio de Mutualidades Laborales, calificando a éste como una especie de "Empresa legal" (S. T. C., 11.VI.1964).

(85) En la legislación derogada por la L. S. S. existía un "Tribunal de correcciones del personal facultativo del Seguro Obligatorio de Enfermedad"; sobre su competencia, recursos, etc., remitimos a *La materia...*, cit., 1.^a ed., págs. 102 a 105.

(86) S. T. S. S. 5.^a, 25.XI.1965 y 1.IV.1966: los fundamentos de las sentencias, cuando aparecen explícitamente en ellas, para asumir jurisdicción son débiles; apenas hay otro distinto del consabido de que se impugna un acto administrativo. Las salas contenciosas del T. S. vienen de antiguo admitiendo este tipo de recurso en materia de sanciones, así, S. T. S. 5.XI.1958 (sanción a médico) y S. T. S. 29.XI.1958 (sanción a farmacéutico), con muchas otras posteriores (p. ej., 25.I y 9.III.1965); y en cuanto a provisión de plazas y sus incidencias (ver, p. ej., entre otras muchas, S. T. S. S. 5.^a, 7.VI y 7.XI.1966).

declarada la de Trabajo y bien consciente y rotundamente (87). Un notorio caso de dualidad jurisdiccional —laboral y contencioso-administrativa— existente entre otros muchos y que está generando problemas cada vez más graves, que no es este el lugar de analizar.

En la actualidad no parece dudoso que el sanitario es personal al servicio de las Entidades Gestorías, por lo que aunque la relación se califique de “estatutaria”, la jurisdicción queda atribuida a la de trabajo por prescripción expresa de la ley de Seguridad Social (art. 45, 2, ya citado).

Las entidades que colaboraren la gestión (p. ej., las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo; L. S. S., art. 202), distintas de las Entidades Gestoras propiamente dichas quedan fuera de todo el régimen expuesto; las relaciones con su personal serán o no laborales conformes a las reglas generales. Otro tanto puede decirse respecto del personal sanitario al servicio de las mismas, con la particularidad de que alguna sentencia tiene declarado que, si media dependencia, la relación entre un médico y una sociedad de asistencia médica-farmacéutica es laboral (88).

(87) S. T. S., S. 6.^a, 20.II.1964; de sumo interés, a mi juicio, esta sentencia, y sentando doctrina, también a mi juicio, sumamente correcta. Se apunta en ella incluso la posibilidad de que “a consecuencia de conflicto jurisdiccional positivo o negativo por la correspondiente Sala especial, mixta, de este Tribunal Supremo” se imponga la uniformidad doctrinal en cuanto al tema mismo de cuál —si la de trabajo o la contencioso-administrativo— sea la jurisdicción competente.

(88) S. T. S., S. 6.^a, 27.II.1963; en general, la misma doctrina, para el nexo que une a una entidad con el facultativo que le presta sus servicios con regularidad (S. T. S., S. 6.^a, 18.VI.1964), aunque no lo haga con dedicación exclusiva ni siquiera, parece, preferente (S. T. S., S. 6.^a, 11 y 19.IV.1966).

Tutela provisional

Por

JOSE MANUEL LETE DEL RIO

Doctor en Derecho

SUMARIO: 1) Razón de ser de esta figura.—2) Características.—3) Sus clases.—4) Tutela provisional a cargo de los Jueces municipales.—5) Tutela provisional a cargo del Consejo de familia.—6) Tutela provisional a cargo del nombrado para sustituir al que se excusa.

I.—La tutela es *una institución supletoria de la patria potestad, creada por la ley, para la representación, protección, defensa y asistencia de los que no son capaces de gobernarse por sí mismos (comprendiendo esta insuficiencia de propio gobierno tanto la que afecte a la persona y bienes, como sólo a los bienes)*. Definición que nos da el carácter y significación de la institución tutelar: el ser una institución unitaria, subsidiaria y supletoria de la patria potestad, por lo que se la puede denominar institución *cuasi-familiar* (1).

Por lo tanto, el objeto de la tutela es procurar que *el no capaz de gobernarse por sí mismo* no carezca de amparo y representación jurídica en ningún momento de su vida (2). Es decir, que tan pronto como se manifieste la necesidad de la tutela hay que organizar el mecanismo tutelar.

ESCOBAR (3) opina “no es de creer adecuado que para la existencia del órgano tutelar sea preciso esperar a su constitución, sino más bien que éste debe hallarse preestablecido, a fin de que, sin solución de continuidad alguna a la realización del hecho que motiva la tutela, atienda a las necesidades de la misma”. Mas en un sistema de base netamente familiar, como es el nuestro, no parece posible tener preestablecido todo el organismo tutelar, y, aunque tuviésemos un órgano siempre dispuesto, también chocaría con la estructuración que nuestro Código civil hace de la institución, ya que hemos de tener en cuenta su insuficiencia, pues —como dicen PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN (4)— “en el derecho español la tutela tiene un sentido orgánico, estando constituida por el

(1) Vid. LETE DEL RIO: *La responsabilidad de los órganos tutelares*; Valladolid, 1965; págs. 2 y 3.

(2) En este sentido, ESCOBAR: *La tutela*; Madrid, 1943; págs. 95 y 96.

(3) Ob. cit., pág. 21.

(4) *Notas al ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: Tratado de derecho civil*; tomo IV, vol. 2.º; Barcelona, 1946; pág. 268.

conjunto de órganos que, armónicamente combinados, tienen a su cargo la guarda y protección legal del menor o incapacitado".

Poner en marcha ese conjunto de órganos es dilatorio, se precisa cumplir trámites y llenar formalidades (5). El complejo engranaje tutelar no funciona de inmediato, nada más realizarse el hecho que da lugar a la tutela. Normalmente, aun actuando con premura, desde que surge la necesidad hasta el cumplimiento de las formalidades y total constitución de la tutela, hay un interregno durante el cual el menor o incapacitado no puede ni debe quedar sin protección y amparo (6). De ahí la necesidad de una tutela provisional.

Sin embargo, esta necesidad de tutela provisional no sólo es inicial, sino que también se siente —dado el carácter orgánico de nuestra tutela— cuando alguno de sus órganos falla, por ejemplo, por causa de incapacidad del tutor o cuando es removido (art. 243 del C. c.), durante el juicio de excusa, si se nombra sustituto (art. 250 del C. c.), etc.

2.—Características de esta tutela son: el ser excepcional, interina o transitoria. No debe durar más que el lapso de tiempo imprescindible para que se constituya la tutela normal; de lo contrario, su misma razón de ser la hará inservible para la protección y amparo del menor o incapacitado, ya que todo lo provisional es de reducido alcance. Pero si esto ocurre (si su duración excede de lo normal) no será un defecto de la tutela provisional, sino del sistema en su conjunto, puesto que, si las personas llamadas a la constitución y ejercicio de la tutela cumplen sus atribuciones con prontitud y esmero, esta tutela provisional habrá llenado su finalidad.

3.—Desde el punto de vista de la persona u órgano que ejerce la tutela provisional pueden observarse tres clases de la misma:

- a) A cargo de los Jueces municipales.
- b) A cargo del Consejo de familia.
- c) A cargo del tutor nombrado para sustituir al que se excusa.

4.—Según el artículo 203 del Código civil, "los Jueces municipales (7) del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán

(5) Es afortunada la comparación de ESCOBAR (ob. cit., pág. 24), al decir que "el funcionamiento de la tutela en derecho español es algo parecido al elefante, de gigantescas proporciones, pero lento en sus movimientos y cuyas decisiones se detienen ante cualquier obstáculo".

(6) Vid. SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de derecho civil*; tomo V, vol. 2.^o; Madrid, 1912; pág. 1321); CLEMENTE DE DIEGO (*Curso elemental de derecho civil español, común y foral*; tomo 6.^o; Madrid, 1920; pág. 558); VALVERDE (*Tratado de derecho civil español*; tomo IV; Valladolid, 1938; pág. 607); ESCOBAR (ob. cit., pág. 95); GONZÁLEZ ALEGRE (*Teoría de la tutela y formularios de su práctica*; Teruel, 1956; pág. 48), etc.

(7) Hoy, hay que entender comprendidos los Jueces comarcales. No, en cambio, los Jueces de paz. Aunque estimamos que deberán ejercer la tutela provisional —estos últimos— cuando les sea ordenado por el Juez municipal o comarcal, si el menor o incapacitado reside en pueblo distinto del en que esté

al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación.

Si no lo hicieren —dice el párrafo 2.º de este artículo—, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados” (8).

Intervenciones como ésta demuestran la importancia de las atribuciones de la Autoridad judicial y justifican el que la jurisprudencia la haya configurado como verdadero órgano tutelar (9), aunque esto no quiere decir que nuestro sistema pierda su carácter familiar (10).

La razón de que se encomiende esta tutela provisional (11) a los Jueces Municipales es la mayor facilidad que tienen, por razón de su cargo, para conocer qué personas deben estar sujetas a tutela (12).

Conforme a lo establecido en este artículo 203, las atribuciones que, por ministerio de la ley, asume la Autoridad judicial parece que son supletorias (13). Es decir, tendrá esas atribuciones en el caso de que *por la ley no hubiese otras encargadas de esa obligación*: las que tienen el deber de prestar alimentos (14) y, en general, las llamadas al desempeño de la tutela legítima en sus diferentes especies (15).

ESCOBAR (16) señala la relatividad y confusión de la frase legal:

situado el Juzgado; e incluso por sí mismos, sin que medie indicación u orden del Juez municipal o comarcal, en los casos en que haya que tomar alguna medida urgente; piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que haya que recluir, sin demora, en un establecimiento a un loco o demente. Llegamos a esta conclusión por un criterio analógico al del antiguo artículo 1.892 de la Ley de Enjuiciamiento civil (modificado por la Ley de 24 de abril de 1958), que establecía este criterio respecto al depósito de la mujer casada.

(8) Análogo, este artículo, al 174 del Proyecto de 1851, e idéntico al 169 del Proyecto de 1882.

(9) Sentencias de 7 de diciembre de 1901, 17 de junio de 1943, 5 de marzo de 1947 y 28 de abril de 1965. Vid. en este sentido, entre otros: DE BUEN (*Notas al COLIN Y CAPITANT: Curso elemental de derecho civil*; tomo II, vol. 1.º; Madrid, 1923; págs. 185-186), PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN (ob. cit., págs. 276-277) y ESCOBAR (ob. cit., págs. 17 y ss.).

(10) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., pág. 126, nota 5.

(11) PUIG PEÑA (*Tratado de derecho civil español*; tomo II, vol. 2.º; Madrid, s./f.; pág. 335) habla, en este supuesto, de “fase provisional en la constitución de la tutela”.

(12) Vid., en este sentido, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*; tomo II; Madrid, 1890; comentario al artículo 203). MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil* comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por ORTEGA LORCA; tomo IV; Madrid, 1943; comentario al artículo 203) señala la analogía del artículo 203 con el 174 del Proyecto de 1851, que imponía esta obligación de cuidar de la persona y bienes del huérfano al Alcalde del domicilio, justifica el que fuesen los Alcaldes en el Proyecto y razona el que lo sean en el Código civil los Jueces municipales.

(13) En este sentido, Vid. SÁNCHEZ ROMÁN (ob. cit., pág. 1321), CLEMENTE DE DIEGO (ob. cit., pág. 558), VALVERDE (ob. cit., pág. 607).

(14) A tenor del artículo 143 del Código civil, los ascendientes, descendientes y hermanos.

(15) En este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN (ob. cit., pág. 1321), CLEMENTE DE DIEGO (ob. cit., pág. 558), VALVERDE (ob. cit., pág. 607).

(16) Ob. cit., págs. 21-22.

cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esa obligación, ya que “no siempre será posible al Juez Municipal —dice este autor— conocer si existe o no alguna de dichas personas, supuesta, además, la latitud con que la ley habla; la mayoría de las veces dicha posibilidad escapará a los medios que para informarse tenga aquél, no obstante poseer a su mano la fuente del Registro civil y extremar su celo para ello. De aquí que sólo se abran dos caminos a los Jueces Municipales, el de la oficiosidad, en el que pueden fácilmente caer, o el de la inactividad”.

Pero, aunque estas palabras de ESCOBAR no fuesen ciertas, si los Jueces Municipales conociesen en todo momento qué personas son, se plantea otro problema. Y es el siguiente: si esas personas se hacen cargo inmediatamente de su obligación, no hay cuestión; ahora bien, si lo demoran o no se hacen cargo de sus deberes (por desconocimiento, negligencia...), ¿tiene el Juez que esperar a que esto ocurra? Creemos que no, pues si esperase tendríamos un período de tiempo durante el cual el menor o incapacitado carecería de protección y amparo, que es precisamente lo que mediante esta tutela provisional se trata de evitar (17).

Entonces, la solución que nos parece correcta es la siguiente: el Juez Municipal, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de un menor o incapaz que deba estar sujeto a tutela y observe que de momento —al menos— no hay persona de las encargadas por la ley de esta obligación que se ocupe de ello, proveerá al cuidado del mismo y de sus bienes muebles.

Ahora bien, en el supuesto de que exista alguna de las personas encargadas por la ley de esa obligación, hay que distinguir: a) que se presente, en cuanto lo supiere, al Juez, recabando para sí ese cuidado de la persona y bienes muebles, en cuyo caso le asumirá, puesto que el Juez sólo debe actuar en defecto de la misma; b) que no se haga cargo de sus atribuciones, no pudiendo alegar desconocimiento (bien porque tuvo medios para saberlo o el Juez Municipal se lo haya comunicado), o acuda tardíamente, sin justificación alguna; en este segundo supuesto, habría lugar a exigir la responsabilidad por el incumplimiento de esa obligación que la ley le impone. Así, consideramos que debe entenderse la supletoriedad de las atribuciones que la tutela provisional señala, en virtud del artículo 203, a los Jueces Municipales (18).

Como, acertadamente, dice MANRESA (19), en esta función los Jueces Municipales son auxiliados por las personas que, a tenor del artículo 293, tienen la obligación de participarles el hecho que da lugar a la tutela, en el momento que lo supieren, para que procedan a constituir el consejo de familia (20), ya que si no procediesen a la constitución del

(17) PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN (ob. cit., pág. 280) dicen que los Jueces municipales son los llamados, *en principio*, a representar y defender a éste (menor o incapacitado).

(18) Vid. ESCOBAR, ob. cit., pág. 96.

(19) Ob. cit., comentario al artículo 203.

(20) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., págs. 141 y ss. y 198.

consejo de familia incurrirán en la responsabilidad que el artículo 232 del C. c. les impone. Y, una vez formado el consejo de familia, a tenor del artículo 301, procederá éste a dictar todas las medidas necesarias para atender a la persona y bienes del menor o incapacitado y a constituir la tutela. Es decir, el Juez Municipal cesa, en sus funciones de tutela provisional, una vez formado el consejo de familia (21).

Por consiguiente, hay que notar existe un error de expresión en el artículo 203, cuando dice *hasta el nombramiento de tutor*, y habrá que entender que la tutela provisional que ostenta —conforme a este artículo— la Autoridad judicial dura solamente hasta la formación del consejo de familia. Y esto es así, además de por la razón que acabamos de exponer, porque el tutor no puede actuar sin el prototor (artículo 201), ni entrar en el desempeño de sus funciones sin que su nombramiento haya sido inscrito en el Registro (artículo 205) y el consejo de familia le haya dado posesión (artículo 261) (22). Interpretándolo en este sentido, no existe antinomia —como dice MUCIUS SCAEVOLA (23)— entre los artículos 203 y 301.

Debido a la transitoriedad de las funciones de la Autoridad judicial en esta tutela provisional, que está pensada para que sólo dure el tiempo imprescindible hasta la formación del consejo de familia, no se la imponen las mismas obligaciones que al tutor normal, sino que las atribuciones de los Jueces Municipales se extienden solamente al cuidado de la persona y bienes muebles del menor o incapacitado.

Por lo que se refiere al cuidado de la persona, el Juez normalmente proveerá al mismo poniendo al menor o incapacitado (24) bajo el cuidado de una institución o persona de su confianza, siendo responsable por falta de elección y de vigilancia (25).

Respecto a los bienes muebles, deberá adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias y precisas para salvaguardarlos, ateniéndose a lo prevenido en los artículos 959 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (26).

Que el Código civil, en su artículo 203, sólo mencione los bienes muebles responde a la idea de breve provisionalidad de esta tutela y a que —como dice MUCIUS SCAEVOLA (27)— los inmuebles no son sus-

(21) Desde luego —empleando frase de MUCIUS SCAEVOLA (ob. cit., comentario al artículo 203)—, “esto es un poderoso acicate que imprime mayor actividad al Juez para libertarse cuanto antes de la grave responsabilidad que sobre él grava”.

(22) Vid, en este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN (ob. cit., pág. 1321), CLEMENTE DE DIEGO (ob. cit., pág. 559), VALVERDE (ob. cit., págs. 607-608), ESCOBAR (ob. cit., pág. 96).

(23) Ob. cit., comentario al artículo 203.

(24) Loco o demente o sordomudo, ya que, a pesar de la incapacidad, la prodigalidad e interdicción no atribuyen facultad alguna sobre la persona del pródigo o interdicteado, salvo la representación en juicio de este último.

(25) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., pág. 138.

(26) Vid., en este sentido, MANRESA (ob. cit., comentario al artículo 203) y ESCOBAR (ob. cit., pág. 95).

(27) Ob. cit., comentario al artículo 203.

ceptibles de ocultación. Por lo que se refiere a estos últimos, el problema más grave que pudiera suscitarse es que surgiese litigio respecto a los mismos, en cuyo caso, como el menor o incapacitado no tiene todavía constituida la tutela, será representado en juicio por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el artículo 838, número 6, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor el Ministerio Fiscal ha de representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes, *hasta que se les provea de tutor o curador* (27-bis) para la defensa de sus propiedades y derechos (28).

Termina este artículo 203 haciendo responsable a la Autoridad judicial, si no cumpliera con la obligación que la impone, de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados. Aquí, se hace responsable a la Autoridad judicial únicamente de los daños, lo que ha planteado la cuestión de si la omisión de los perjuicios es intencionada o es una insuficiencia de expresión, debiendo entonces entenderse comprendidos estos últimos. Nos inclinamos en favor de este último criterio en base del principio del interés y afecto del tutelado, ya que si bien, en cuanto a los bienes, los daños son de fácil apreciación, no es lo mismo por lo que se refiere a la persona, a la que el incumplimiento de los deberes que la ley señala acarreará más perjuicios que daños en la mayor parte de los casos (29).

Otra dificultad es la de hacer efectiva esta responsabilidad. El procedimiento será el establecido por los artículos 903 a 918 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (30).

5.—Dice el artículo 301 del Código civil (31), que *“formado el consejo de familia por el Juez Municipal, procederá aquél a dictar todas las medidas necesarias para atender a la persona y bienes del menor o incapacitado y constituir la tutela”*.

Se pueden distinguir dos fases en la constitución del organismo tutelar (32): *Primera*, desde que surge la necesidad de la tutela hasta que se forma el consejo de familia, que, como hemos visto, ejerce —durante ese lapso de tiempo— provisionalmente la tutela la Autoridad judicial. *Segunda*, una vez formado el consejo de familia, cesa el Juez Municipal en su tutela provisional, pero el hecho es que sigue sin constituirse la tutela; entramos, por consiguiente, en la segunda fase, en la que se encomienda al consejo de familia el constituir la tutela. Pero, entre

(27-bis) Esta frase, del artículo 838, núm. 6, de la Ley Orgánica del Poder judicial, ha sido modificada por el artículo 2.º, núm. 5, del Estatuto del Ministerio Fiscal, sustituyéndola por esta otra: *hasta que se les provea de las instituciones tutelares previstas por las leyes en cada caso*.

(28) Vid., en este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN (ob. cit., pág. 280).

(29) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., pág. 205.

(30) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., págs. 205-206 y 138.

(31) Es análogo, este artículo, al 190 del Proyecto de 1851, e idéntico al 268 del Proyecto de 1882.

(32) En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA (ob. cit., comentario al artículo 301) y MANRESA (ob. cit., comentario al artículo 301).

tanto, pueden pasar días, e incluso meses, hasta la total constitución y puesta en marcha del organismo tutelar, por lo que sigue siendo imprescindible la tutela provisional que, ahora, ostentará el consejo de familia hasta tanto constituye la tutela (33).

Como dice ESCOBAR (34), "en tanto entren en funciones el tutor y el prototor, al consejo de familia incumbe la representación del pupilo y, en su consecuencia, atender al cuidado de su persona e intereses, con plenitud de facultades y efectos jurídicos". En este sentido, la Sentencia de 20 de enero de 1904 establece que el consejo puede dictar todas las medidas necesarias para atender y garantizar la persona y bienes del menor o incapacitado.

Las medidas que puede adoptar el consejo de familia —como se observa de la simple lectura de este artículo 301— no están limitadas, por lo que se refiere a los bienes, sólo a los muebles. Sin duda alguna, debido a que esta tutela provisional a cargo del consejo de familia puede ser de mayor duración que la que ostentaba la Autoridad judicial (piénsese en todos los requisitos y formalidades que hay que llenar antes de que el tutor y prototor entren en el pleno ejercicio de sus funciones). Por otra parte, si surgiese litigio sobre los bienes inmuebles del tutelado, lo lógico, en este caso, es que la representación del mismo la ostente el presidente del consejo de familia.

Por lo que se refiere a la persona del tutelado, igual que en el supuesto anterior, lo normal es que el consejo de familia encomiende el cuidado de la misma a una institución o persona de su confianza, quedando responsable de su falta de elección y vigilancia.

Una vez constituido el organismo tutelar, cesará el consejo de familia en su tutela provisional (35).

Su responsabilidad viene establecida, caso de incumplimiento de la obligación que le impone el artículo 301, en el artículo 312, a cuyo tenor "los vocales del consejo de familia son responsables de los daños que por su malicia o negligencia culpable sufriere el sujeto a tutela". Se trata de una responsabilidad personal e individual, y la manera de liberarse de ella es, según el párrafo 2.º del citado artículo 312, disentir del acuerdo que causó el perjuicio. Por otra parte, su responsabilidad alcanzará, a nuestro modo de ver, tanto a los daños como a los perjuicios (36).

Además, de su responsabilidad, puede ser removido de la tutela el consejo de familia, por conducirse mal en el desempeño de aquélla (37). Como en este supuesto de remoción no hay tutor ni prototor tendremos que estar a lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil, y el Juez,

(33) Vid. Sentencia 27 de mayo de 1904, MANRESA (ob. cit., comentario al artículo 301), MUCIUS SCAEVOLA (ob. cit., comentario al artículo 301), ESCOBAR (ob. cit., pág. 115).

(34) Ob. cit., pág. 115.

(35) Sobre los trámites propios de la constitución de la tutela. Vid. ESCOBAR, ob. cit., págs. 115 y ss.

(36) Vid. LETE DEL RÍO, ob. cit., págs. 201-202.

(37) Artículo 238, núm. 4 del Código civil.

a instancia o petición del menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz, podrá concederle un defensor judicial (38).

No es este supuesto, del artículo 301, el único en que el consejo de familia ejerce la tutela provisional. Pues, conforme al artículo 243 del Código civil (39), “*si por causa de incapacidad no entrare el tutor en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá a los cuidados de la tutela mientras se resuelve definitivamente sobre el impedimento. Si el tutor hubiese ya entrado en el ejercicio del cargo, y el consejo de familia declarase la incapacidad o acordase la remoción del tutor, las determinaciones que adopte para proveer a los cuidados de la tutela, en el caso de promoverse litigio, no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial*” (40).

Buena prueba de que es el consejo de familia y no otro quien ejerce esta tutela provisional es que el Tribunal Supremo así ha interpretado —siempre y sin contradicción— este precepto, rechazando la posibilidad de que pudiera nombrarse un tutor interino (41). Ostenta, asimismo, la tutela el consejo de familia cuando, a pesar de haber entrado el tutor en el ejercicio del cargo, sea removido del mismo, con la particularidad de que las determinaciones que el consejo adopte —para proveer a los cuidados de la tutela— necesitan de la aprobación judicial (42).

Certamente, opina CASTÁN (43) que “el régimen aceptado por el Código para este último caso tiene el inconveniente de los gastos y retrasos que en daño del menor o incapacitado supondrá el expediente de aprobación judicial”. Retraso que, por otra parte, está en contradicción con el carácter provisional de esta tutela.

Ejerciendo esta tutela provisional —igual que en el supuesto anterior— el consejo de familia, no hemos de repetir otra vez lo antes dicho en cuanto al modo de proveer al cuidado de la persona y bienes del tutelado, así como tampoco a la responsabilidad en que incurre caso de incumplimiento. Lo que sí es de notar, a tenor del artículo 241 del Código civil, es que si al sostener el litigio a expensas del menor, los vocales del consejo de familia hubieren procedido con notoria malicia podrán ser personalmente condenados en costas (44).

(38) Vid. LETE DEL Río, ob. cit., págs. 214 y ss.

(39) Es análogo, este artículo, al 209 del Proyecto de 1851, e idéntico al 209 del Proyecto de 1882.

(40) Según la Sentencia de 16 de octubre de 1908, “incumbe al Juez municipal, antes de la constitución del Consejo de familia, la obligación de adoptar medidas encaminadas al cuidado de las personas sujetas a tutela y de sus bienes, según el artículo 203, y después al mismo Consejo, con arreglo al 301, careciendo en tal estado de aplicación el artículo 243...”. Es decir, el artículo 243 es aplicable únicamente al supuesto por él contemplado.

(41) Vid. Sentencias 8 de octubre de 1898 y 21 de enero de 1930.

(42) Vid., en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 1898, 15 de enero de 1901 y 21 de enero de 1930. En contra de este criterio se muestra MUCIUS SCAEVOLA (ob. cit., comentario al artículo 243).

(43) *Derecho civil español, común y foral*; tomo V, vol. 2.º; Madrid, 1958; pág. 286.

(44) Vid., sobre este punto, LETE DEL Río, ob. cit., pág. 198 y ss.

6.—A tenor del artículo 250 del Código civil, “durante el juicio de excusa, el que la proponga estará obligado a ejercer su cargo. No haciéndolo así, el consejo de familia nombrará persona que le sustituya, quedando el sustituido responsable de la gestión del sustituto si fuere desechada la excusa (45).

“Este precepto —según ROYO MARTÍNEZ (46)— debe, lógicamente, ser referido al supuesto de excusa por causa surgida luego de comenzado por el tutor el ejercicio de la tutela, pues es absurdo entenderlo como aplicable al supuesto de excusa alegada al producirse el nombramiento, ya que el ejercicio del cargo supone, como antecedente necesario, la prestación de fianza hipotecaria o pignoraticia y la formación de inventario, y no cree posible —este autor— exigir tales sacrificios al tutor excusado”. No es posible, sin embargo, hacer esta distinción. El criterio del Código es claro: *el que proponga la excusa está obligado a ejercer su cargo*. Por lo tanto, si ejerce el cargo, tendrá que cumplir con todas y cada una de las obligaciones que el mismo implica: prestar fianza, realizar el inventario, etc.; de lo contrario, incurirá en causa de remoción (47). Y el artículo que comentamos, en previsión de que el tutor que se excusa no quiera ejercer su cargo, establece la sanción: la responsabilidad por la gestión del sustituto, si fuera desechada la excusa. Entenderlo de otro modo no es correcto, pues, aparte de la claridad del precepto legal, la tutela tiene por finalidad —y así lo ha señalado el Tribunal Supremo (48)— la protección e interés de los sujetos a ella y, por consiguiente, todo lo que a la misma haga referencia debe interpretarse con base en el principio de protección e interés; por tanto, no cabe, al aplicar este principio interpretativo, decidirse por estimar no comprendido en el artículo 250 al tutor que se excusa al producirse el nombramiento, ya que sería suprimir una garantía al tutelado, la de que el sustituido sea responsable de la gestión del sustituto.

“A nadie se le puede obligar —dice MUCIUS SCAEVOLA (49)— a que desempeñe un cargo que rehusa”. Pero se contradice, el citado comentarista, al afirmar, a continuación, que “cabe emplear medios punitivos que en el temor del castigo envuelvan la coacción, y esto hace el Código”. Pues nos parece ilógico y poco acertado lo que hace el Código, al forzar al que se excusa a ejercer su cargo, ya que no será modelo de guardador aquel que está deseoso de dejarlo (50). Si se

(45) Es igual, este artículo, al 216 del Proyecto de 1851, e idéntico al 216 del Proyecto de 1882. Concuerda con los artículos 1839 y 1840 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El Código civil francés también obliga al tutor que se excusa a continuar en el ejercicio de su cargo (art. 440), e incluso, con un criterio todavía más radical, obliga a los herederos del tutor a continuar la gestión de su causante hasta el nombramiento de un nuevo tutor (art. 419).

(46) *Derecho de familia*; Sevilla, 1949; pág. 348.

(47) Artículo 238 del Código civil.

(48) Sentencia de 16 de octubre de 1908.

(49) Ob. cit., comentario al artículo 250.

(50) En este sentido, ABELLA, *Código civil español*, conforme a lo dispuesto

objetase que si cumple mal se le podrá remover y exigir la debida responsabilidad, diremos que no es una solución buena, ya que es mejor siempre normas preventivas que represivas, y, además, hay actuaciones que pueden ocasionar ciertos daños a los menores o incapacitados (*daños morales*) que son de muy difícil resarcimiento económico. Por otra parte, cuando se excusa, no hay que pensar lo haga por mero capricho o egoísmo, sino que muy bien puede ser por que tenga una verdadera imposibilidad de ejercer el cargo de tutor (51).

Lo anómalo es que se establezca una tutela provisional, puesto que va en contra del principio de la unidad de la tutela que se contiene en el artículo 201 del C. c., según el cual “*la tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia*”. Más lógico hubiera sido que —como dice ESCOBAR (52)— “en los casos a que se refiere el artículo 250 C. c., fuese el consejo de familia quien asumiera el ejercicio de la tutela, como ocurre en los del artículo 243, con la limitación establecida en éste, ya que parecen ser análogas las situaciones previstas en el mismo y en el 250, sin perjuicio de otras sanciones que pudiera imponer la ley al alegante de la excusa, si fuese ésta desechada con estimación de temeridad o mala fe por parte del mismo”.

Otro inconveniente serio, en contra de esta solución del artículo 250 y, también, certamente apuntado por ESCOBAR (53), es que el tutor sustituto no prestará garantía, y si la presta —cosa que no ha previsto nuestro Código civil, al no prever la tutela provisional—, será, muchas veces, un gravoso inconveniente para quien va a ejercer un cargo durante muy breve tiempo; lo que dará lugar a que sea difícil encontrar la persona que sustituya al tutor que se excusa, teniendo en cuenta que el consejo de familia debe elegir no a cualquiera, sino a aquel que reúna garantías personales de honradez, moralidad, etc...., y, si es posible, incluso, patrimoniales.

El sustituto, nombrado por el consejo de familia, ejerce una tutela provisional en tanto dure el juicio de excusa. A este tutor provisional DE BUEN le considera un tutor “*ad hoc*” (54).

en la Ley de 26 de mayo y R. D. de 24 de julio de 1889, precedido de..., Madrid, 1904; pág. 137.

(51) En este sentido, BONEL (*Código civil español*; tomo I; Barcelona, 1890; págs. 405 y ss.). GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*; tomo I; Madrid, 1852; art. 216) alaba la solución romana como más equitativa y justa; por derecho romano el tutor no podía ser obligado a administrar durante el juicio de excusa, aunque, en último término, si eran desechadas las excusas, tenía la misma responsabilidad que impone el artículo 216 del Proyecto.

(52) Ob. cit., págs. 236-237.

(53) Ob. cit., pág. 237.

(54) *Notas al COLIN y CAPITANT* (ob. cit., pág. 171); CUNHA GONÇALVES (“*Traité de direito civil em comentário ao Código civil português*”; vol. II; Coimbra, 1930; pág. 557) en el comentario al artículo 231 (semejante al 250 del C. c. español) considera, también, al sustituto como un tutor provisional o “*ad hoc*”.

Este tutor provisional o “*ad hoc*” tendrá las mismas atribuciones de un tutor normal en cuanto al cuidado de la persona y bienes del menor o incapacitado, con la única limitación de durar aquél mientras dure el juicio de excusa, limitación que dimana del carácter provisional de esta tutela.

Si la excusa fuese desechada, la responsabilidad por la actuación del sustituto deberá pedirse, a tenor del artículo 250, al sustituido (55). Ahora bien, en tanto se resuelve sobre la excusa, el responsable será el sustituto, el cual tendrá una acción de repetición contra el primitivo tutor en el supuesto de que la excusa fuese desechada.

Si la excusa se confirma, será responsable el sustituto de su propia actuación, y, si éste resultase insolvente (56), estimamos que podrá exigirse responsabilidad del consejo de familia por falta de elección, ya que el consejo de familia es el que tiene el deber de elegir la persona del sustituto, pudiendo exigirle las garantías que estime oportunas.

Es decir, la excusa sólo exonera de responsabilidad al tutor en el caso de que fuese definitivamente admitida.

Por lo que respecta a la gestión del tutor sustituido, anterior a la excusa, éste tendrá que rendir cuenta general de la tutela al sustituto, el cual tiene obligación de pedirla y tomarla, quedando, de otro modo, responsable de los daños y perjuicios (57).

Termina esta tutela provisional si se desecha la excusa, ya que entonces cesa el sustituto y continúa ejerciendo la tutela el sustituido. Y si la excusa se confirma también cesa el sustituto, pues habrá que nombrar un nuevo tutor. Consideramos que, a la vista del artículo 250 de nuestro Código civil, no cabe llegar a otra solución. Sin embargo, en el último supuesto (que se confirme la excusa), lo lógico hubiera sido haber nombrado sustituto a aquel a quien corresponda la tutela legítima, y si la tutela es dativa confirmar al sustituto, pues no pueden beneficiar al tutelado los sucesivos cambios.

En el derecho francés, donde se encuentra esta figura del tutor “*ad hoc*”, se le caracteriza como un tutor provisional, para un mandato limitado, encargado de representar al menor para un acto o asunto determinado. Sobre esta figura del tutor “*ad hoc*”, Vid. VIGNALOU-PERER (*Tutelles et Conseils de famille*, 2.^a ed., puesta al día por P. BLONDY; París, 1964; págs. 169 y ss., números 655 y ss.).

(55) Es éste un supuesto de responsabilidad del tutor por hechos de otro.

(56) Tomamos la palabra *insolvencia* en un sentido amplio, que comprende también la moral.

(57) Artículo 280 del Código civil. Vid. LETE DEL RÍO. ob. cit., pág. 152.

VIDA JURIDICA

1. NOTICIAS

El primer número de la «Revista de Derecho Urbanístico»

Con manejable formato y pulcra presentación, ha visto la luz el primer número de la nueva "Revista de Derecho Urbanístico", cuyo director es don José Martín Blanco y cuyo Consejo de Redacción preside el Profesor Serrano y Serrano; se anuncia con una periodicidad de cinco números al año.

En este primer número, además de la presentación de los fines y objetivos de la revista, se incluyen seis secciones caracterizadas por su amplitud y variedad. En la sección doctrinal se incluye un trabajo de Savatier sobre "La propiedad del espacio", que fue publicado como crónica en el *Recueil Dalloz-Sirey*, de 1965, y en el que desarrolla una sugestiva concepción cuyo germe se contenía ya en el trabajo que apareció en 1958 en la *Revue trimestrielle de Droit civil*; Bassols Coma publica un excelente y exhaustivo estudio introductorio sobre la Ley del Suelo; Trorial y Perrot se ocupan de "El Urbanismo y las estructuras administrativas locales". En la sección práctica, González Pérez publica un "Dictamen sobre improcedencia de aprobación definitiva del Plan parcial de Ordenación Urbana", y Perales Masdueño estudia "Los recursos administrativos y jurisdiccionales en la legislación urbanística". Aparecen luego las habituales secciones de Legislación —nacional y extranjera—, Jurisprudencia —del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales—, una cuidada sección Bibliográfica y se cierra con una dedicada a Noticias.

La publicación de esta nueva revista se justifica porque "entramos en una nueva era urbana", de suerte "que de ahora a fin de siglo... la población urbana española se duplicará...", lo que requiere disponer para aquella fecha de 140.000 hectáreas de terrenos urbanizados frente a las 75.000 que actualmente se encuentran habitadas en condiciones muy necesitadas de mejora y superación". Todo ello es el resultado "de tres fenómenos inexorables intercomunicados: el crecimiento demográfico, la transformación de la dinámica de la estructura y de las clases de actividades en el incesante traspaso de la población rural hacia los sectores secundario y terciario, y aun al mismo cuaternario, y la necesidad de adoptar las ciudades al nuevo standar de vida común". "El Derecho urbanístico... cobra... una plena significación y postula su propia categoría".

Estamos asistiendo, indudablemente, a una manifestación más del fenómeno de disgregación de las disciplinas jurídicas, impuesto en buena medida por necesidades de especialización y distribución del trabajo más bien que por intrínsecas razones de autonomía científica. Somos conscientes de que en la fase actual de elaboración científica del Derecho urbanístico en nuestra Patria, conviene no perder de vista la fundamental pertenencia del Derecho del Suelo al viejo tronco del *Ius civile* (tal como, por ejemplo, en la actual doctrina alemana lo ha visto Westermann); por ello, la presencia numerosa de civilistas entre

quienes forman el Consejo de Redacción de la Revista, constituye, para nosotros, una garantía de que se sortearán los peligros de una excesiva "administración" del Derecho urbanístico. Si se cumple su loable propósito de ser "cauce de canalización y exposición de ideas y pensamientos que contribuyan a la elaboración de la nueva rama jurídica", habrá cumplido un excelente servicio a la Ciencia Jurídica española. Lo deseamos así de todo corazón.

Gabriel GARCIA CANTERO

B I B L I O G R A F I A

L I B R O S

BOSCH, F. W.: "Ehe und Familie in der Rechtsordnung (Gesetzgebung, Rechtsprechung, Wissenschaft)". Bochum, 1966. Bochumer Universitätsreden. Cuaderno 2, de 56 páginas.

Con este segundo cuaderno de la nueva y modernísima Universidad de Bochum, el ilustre profesor Bosch, catedrático de la misma y director de la gran revista especializada en cuestiones jurídicas de matrimonio y familia, ofrece el texto del que fue su discurso inaugural, mantenido en junio de 1965, como contribución al ciclo de estudios sobre el tema "ley y judicatura".

En este estudio el profesor Bosch comienza por hacer ver la serie de sectores especializados que se han ido introduciendo en la tradicional ciencia del derecho (derecho del trabajo, derecho agrario, derecho de la circulación y derecho arrendatario) y cómo el derecho de familia puede considerarse como otro, donde cada vez más se hace evidente la cooperación con teólogos, antropólogos, psicólogos, pedagogos, sociólogos y demás científicos.

Tres son los aspectos concretos a que se refiere su estudio: la legislación alemana del derecho de familia, el alcance del poder judicial a través de la jurisprudencia y las consecuencias de la economía sobre el matrimonio y la familia. En definitiva, un examen de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina actuales en torno al matrimonio y a la familia.

En cuanto a la legislación del derecho de familia, el profesor Bosch muestra cómo la correspondiente al período de hace treinta años (1938-1946) se ha venido abajo; al derecho civil de la familia, o derecho de familia en sentido estricto, se le añaden un complejo de normas que conducen a un derecho de familia en sentido amplio; tal es el caso específico correspondiente al derecho a la indemnización de daños y perjuicios (como los daños a la madre encinta a causa de radiaciones atómicas o de radiografías, o como consecuencia de ingerir productos farmacéuticos, etc.); igualmente la incidencia de normas del derecho arrendatario respecto al desahucio influyen en el ámbito del derecho de familia. El derecho hereditario del Código civil queda trastocado por las nuevas disposiciones en cuanto al orden sucesorio, como en el caso del "testamento extraño a la familia", otorgado en favor de una mujer que convive con el padre de familia, o a los hijos ilegítimos de ella (la doctrina europea habla cada vez menos de concubina por ciertos temores o respetos sociales a las tendencias laicas), que llega a tener una validez jurídica en la actual realidad social; igualmente el caso de una mujer que convive y codivide las ganancias de una vida en común con un hombre casado y que a la muerte de éste opone a la esposa legítima las ganancias ha-

bidas en común en base a un “contrato de sociedad”, que la jurisprudencia reconoce como válido.

Todavía de mayor importancia y alcance que las normas de derecho, son las que han surgido del ámbito social, del derecho referido a los funcionarios y al ámbito laboral (pensiones de viudedad, de convivencia, de divorcio, de seguros, etc.); igualmente, la problemática referida a los suplementos familiares respecto a los hijos menores, a las situaciones ventajosas derivadas de los impuestos fiscales. Otro tema importante para el derecho de familia es el de la nacionalidad de la mujer alemana que se casa con un extranjero, así como el de la mujer extranjera que se casa con un alemán. También se deben incluir las cuestiones de derecho penal familiar (abandono, bigamia, malos tratos, incumplimiento de deberes familiares, inseminación artificial, esterilización voluntaria, etc.).

Como resultado, el profesor Bosch advierte cómo el derecho de familia ya no está contenido solamente en el ámbito del derecho privado, sino que abarca elementos de derecho público y de derecho social; sin embargo, concluye este autor, el derecho de familia permanece como algo privado. En este punto, el profesor Bosch recuerda el pensamiento de Cicu y las orientaciones posteriores de la doctrina alemana que consideran al matrimonio como una “institución”.

Las características de la nueva legislación sobre el derecho de familia son objeto de una visión crítica por este eminentísimo profesor, como ocurre para el caso concreto de la sucesión de la esposa en los bienes matrimoniales, o en la terminología empleada por el legislador (expresiones genéricas sin un contenido concreto), por lo que la lógica racional del ordenamiento jurídico se pone en peligro y muestra su raquíctico desarrollo. Es que para este profesor, el legislador actual (reflejo de una sociedad pluralista) o hace una obra pragmática, o bien se sitúa genéricamente mediante “supuestos inconcretos”; existe el peligro de que la ley y la realidad difieran.

En cuanto a la jurisprudencia, el profesor Bosch pone de manifiesto cómo en estos últimos años se habla de una transformación o cambio de posición del Juez respecto a la ley; la irracionalidad de las leyes repercute de hecho en la jurisprudencia y ha conducido a una tendencia de los casos concretos o anglosajonizante. Ante las formulaciones desdibujadas del legislador, el juez debe desarrollar una labor de concreción; se constata constantemente una interpretación “*praeter legem*” junto a una ley muda. De aquí que se advierta una amplia efectividad del poder judicial en el sector del derecho de familia ante una serie de conceptos jurídicos vacíos de contenido, que se haga un uso de poderes limitados, o la interpretación de un texto legal fragmentario e, incluso, en algunos casos, una interpretación mudable contra la “*lex scripta*”. Esto hace caer por tierra la creencia de que el Juez es un autómata de la ley, si bien para este profesor tal afirmación siempre fue inválida;

la función del poder judicial hoy en día es actuante y conocida en el ordenamiento jurídico alemán.

Por último, en cuanto a la ciencia jurídica, la pregunta se pone en cuál es su función: ¿la de un "cuarto poder"? Para tan autorizado maestro, estamos ante un "grande", ante un indudable "cuarto poder" actuante en la vida del derecho, por su doble función como actividad de investigación y de docencia.

José BONET CORREA

"*Code de famille et de tutelle de la République Populaire de Pologne*".

Traduit du polonais par M. Szepietowski, sous la rédaction de Witold Czachorski, Prof. à la Faculté de Droit de Varsovie. Introduction par A. Wolter, Prof. à la Faculté de Droit de Lublin; 79 págs. Varsovie, 1966.

La Ley de 25 de febrero de 1964 promulgó el nuevo Código polaco de la Familia y de la Tutela, que venía a constituir, *lato sensu*, la tercera codificación de la materia realizada por el régimen comunista. Tiene el nuevo cuerpo legal una extensión doble que la del Código de 1950, comprendiendo 184 artículos, divididos en tres títulos, que tratan, respectivamente, del matrimonio, de la filiación y de la tutela y curatela. Se mantiene la secularización del matrimonio, principio común a todos los países comunistas, en lo que éstos siguen al *Code francés*. La filiación se inspira en el principio de total equiparación de los hijos legítimos a los nacidos fuera de matrimonio, común asimismo a los diversos países comunistas (1), de suerte que ha desaparecido de la ley toda alusión a la filiación natural o ilegítima. Para el jurista español es curioso constatar la existencia, junto a una adopción que produce plenitud de efectos, otra que Wolter denomina *minus plena*, que el Tribunal de tutela puede acordar a instancia de las partes con efectos limitados a las relaciones entre adoptante, adoptado y sus descendientes; existe también la denominada "adopción anónima", que no es otra sino el consentimiento anticipado para la adopción prestado por los padres, sin designar la persona del adoptante. Rige el sistema de tutela de autoridad que se ejerce por un tutor bajo la vigilancia del Tribunal, y que se aplica con carácter general a menores e incapacitados; la curatela es una tutela para casos determinados.

La traducción francesa ha sido muy cuidada, notándose la experta mano del profesor Czachorski. La introducción del profesor Wolter ofrece un útil marco para situar debidamente al nuevo Código en la evolución del Derecho polaco de familia.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

(1) Cfr. IONASCO, rapport sur *L'évolution de la législation sur la filiation naturelle*, présenté au VIIème Congrès International de Droit Comparé (Uppsala, 6-13).

CONSTANTINO, M.: "Contributo alla teoria della proprietà". Napoli, 1965.
Editorial Jovene. Un volumen de 226 páginas.

Con esta obra el autor pone de relieve cómo la propiedad privada está caracterizada no sólo por un aspecto interno, individual y absoluto, sino también por un aspecto externo y social que limita sus manifestaciones; ambos aspectos son igualmente importantes, si bien las concepciones políticas acentúen uno u otro en sus aplicaciones prácticas.

En sentido jurídico, el concepto de propiedad refleja su contenido económico, así como el impulso individual para la utilización de los bienes, es decir, la expresión del poder de desarrollar libremente la propia actividad económica que se le reconoce a la persona. Sin embargo, el raciocinio realizado por el legislador viene condicionado y determinado por una función social evidente: no desde fuera y a través de las superestructuras, sino en el régimen mismo de la propiedad privada —tal como lo disciplina la ley—, condicionándose el derecho del propietario a un uso efectivo del bien.

En este estudio, el autor hace ver que, según una concepción tradicional la propiedad no puede considerarse como algo indefinido e indeterminado que sólo hacia fuera está limitada por la ley. El examen de su configuración normativa pone en evidencia que el derecho de propiedad subsiste de modo concreto en cuanto se da una correlación entre el sujeto y un bien, patente y operante en la realidad social; así, en el Código civil aparecen una serie de disposiciones relativas a la propiedad territorial e inmobiliaria en las que se regulan las relaciones entre el propietario y los terceros.

Puesto que el concepto de propiedad debe tener un alcance y significado concreto, este autor cree que para delimitarlo no es suficiente la referencia al interés del propietario y al general, sino que, también, se necesita tomar en consideración otro término de referencia del derecho: el constituido por el bien que es su objeto. El autor hace el análisis de este concepto según las categorías y clasificaciones jurídicas y económicas de los bienes, que reflejan ciertos efectos sobre la configuración del derecho de propiedad. Sin embargo, para el ordenamiento jurídico italiano cree que se debe hacer una distinción entre la disciplina del bien considerado en sí y la disciplina de la propiedad; para este último caso, el bien se evalúa en vista del destino económico que puede asumir o que reviste concretamente. Su confirmación puede verse en las mismas normas del Código civil referentes a las llamadas "inmisiones" (ruidos, gases, olores, etc.) entre inmuebles contiguos.

El estudio concluye afirmando el principio, según el cual el derecho de propiedad no tiene el carácter absoluto y abstracto que se le ha atribuido, sino que se concreta en una actividad de aprovechamiento adecuada a las cualidades jurídicas del bien.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis: "Estudios sobre la Jurisprudencia Civil". Editorial Tecnos, S. A. Madrid. 1967.

El catedrático de Derecho civil Luis Díez-Picazo y Ponce de León, uno de los valores jóvenes más destacados de la privatística española, en el que se ensambla en forma realmente sorprendente el profundo conocimiento de las cuestiones con una manera expositiva plena de claridad y buen decir, ha incorporado recientemente a la literatura jurídica nacional el volumen primero de una nueva obra de gran interés científico y práctico que denomina "Estudios sobre la Jurisprudencia civil".

Sería vano pretender llevar a cabo una exégesis exhaustiva del contenido del referido trabajo, porque ello comportaría un tiempo y, sobre todo, un espacio del que de antemano sé que no se puede disponer. Mas la tarea, llena de dificultades, pero para mí especialmente grata, de realizar la recensión de un trabajo del profesor Díez-Picazo se ve grandemente facilitada, porque el propio autor, con su especial sistema de exposición, ha prologado su obra en forma tan eficiente y de tal fuerza explicativa, que sería vano decir, para anunciar y analizar su contenido, otra cosa distinta que la que él expresa. Guiado, por tanto, por las directrices que señala en el aludido prólogo, diré que pretende el autor descubrir—desentrañándola y comprendiéndola—el más íntimo y radical sentido de la Jurisprudencia civil española, para así convertirla en instrumento serio y útil para la práctica cotidiana, sin intento alguno de abrir paso a la llamada técnica del "case law", por no creer que el derecho pueda reducirse a casos que actúen como cauce y senda de los venideros. Son destinatarios muy concretos de la presente obra—según su autor—los estudiantes universitarios: sin deseos de enmendar plana alguna, creo honradamente que el destino es bastante superior, y el tiempo así lo dirá. Es obra que, por su alcance y significación, será frecuentemente utilizada por juristas en formación y por juristas ya formados, por constituir todo un curso de derecho civil en materia de Parte General y Obligaciones, en la que tan firmemente se mueve el doctor Díez-Picazo.

Se extiende sobre la consideración previa de la jurisprudencia, la aplicación de la ley, y pone de manifiesto que no es un acto maquinal que revele un automatismo frío y calculado; por el contrario, la Jurisprudencia es la contemplación de casos vivos en los que se concreta el derecho abstracto, y tanto porque los sujetos de la relación debatida son humanos, con todas las consecuencias que el vocablo ocasiona, como porque el propio Juez es algo más que la boca de la ley, el fenómeno de su aplicación se produce a través de una serie de complicadas operaciones de valoración de un panorama vital.

Explica las tres etapas por las que, a su juicio, se produce el mecanismo jurisprudencial: fijación de los hechos, interpretación de los mismos por el órgano judicial y la fundamentación de la decisión fiscal sobre una norma jurídica.

Demuestra de manera realmente exacta cómo la Jurisprudencia de los Tribunales no es más que una consecuencia del entorno político, social, económico, sociológico y cultural del pueblo, parando su atención en el derecho de daños y en los llamados contratos de adhesión, por lo que no duda en calificar dicha jurisprudencia como dinámica y progresiva o evolutiva, frente a la cual puede situarse otra inmovilista o conservadora que suele producirse en materia del derecho de familia.

Considera que el primitivo concepto romano de jurisprudencia ha ido evolucionando con el tiempo y hoy constituye un complejo de afirmaciones y decisiones pronunciadas en las sentencias dadas por los órganos jurisdiccionales del Estado y concretamente las afirmaciones y decisiones contenidas en las resoluciones del más alto órgano jurisdiccional del país, esto es, el Tribunal Supremo.

Hace una distinción sutil entre jurisprudencia interpretativa de preceptos legales y aquella otra emanada del imperioso deber de juzgar que a los Tribunales impone el artículo 6.^o del Código civil, a la que reviste de mayor importancia, por cuanto se encamina al descubrimiento y consagración de los principios generales del derecho. Con gran altura científica, habla de lo que en verdad debe entenderse por jurisprudencia, que es la sentencia del Tribunal Supremo en la que existe una absoluta vinculación entre la decisión, la razón inmediata de la misma y el caso decidido, denunciando el uso irregular que suele hacerse de la jurisprudencia al ser frecuente escogitar una afirmación cualquiera totalmente desvinculada del caso y, generalizándola, dotarla de vida propia, con lo que se llega a resultados de verdadera sorpresa.

Recalca la necesidad de una depuración auténtica de la Institución, a conseguir, de un lado, por la aplicación de la disposición adicional primera del Código civil, que manda que el presidente del Tribunal Supremo elevará al fin de cada año una memoria en la que, con referencia a los negocios de que hubieran conocido durante el mismo la Sala de lo Civil, se señalarán las deficiencias y dudas que se hubieran encontrado al aplicar el Código y que en dicha memoria se deberán hacer constar detalladamente las cuestiones y los puntos de derecho controvertidos y los artículos y omisiones del Código que hubieran dado ocasión a las dudas del Tribunal, y de otro lado, por una vía de puro valor doctrinal, desterrándose de repertorios y de revistas especializadas las mutilaciones y visiones parciales que suelen hacerse de las sentencias, que no producen otra cosa que una deformación de este valioso Instituto.

Este volumen primero de "Estudios sobre la Jurisprudencia civil" es dividido por su autor en tres partes. La rúbrica general de la primera es "Introducción al Derecho civil y derecho de la persona", comprensiva de nueve capítulos: el primero, sobre teoría de las normas jurídicas, en el que expone y anota seis sentencias del Tribunal Supremo; el capítulo segundo, sobre el estado civil, condición y capacidad de las personas y contiene diecinueve sentencias; el tercero de los capítulos se refiere a las personas jurídicas y en el que sitúa, con su comentario pertinente, cinco

sentencias; el capítulo cuarto lo dedica a los derechos de la personalidad, comprensivo de cuatro sentencias; el capítulo quinto, a las cosas y el patrimonio con tres sentencias; el capítulo sexto, a la teoría del negocio jurídico, en el que se comprenden veintiuna sentencias; el séptimo se refiere al ejercicio de los derechos subjetivos, con cinco sentencias; el capítulo octavo, a la representación de los actos jurídicos, teniendo por contenido nueve sentencias, y el capítulo noveno, a la prescripción de derechos y acciones, donde comenta diez sentencias del Tribunal Supremo.

La segunda parte es destinada al derecho de obligaciones, con diecinueve capítulos de contenido, que, por su orden, son: las atribuciones patrimoniales y sus causas, con tres sentencias; teoría general de los contratos, precontrato y promesas de contrato, con cinco; la formación del contrato, con tres; contratos abstractos, con una; los llamados contratos de fijación, con dos; los contratos de adhesión y las condiciones generales de la contratación, con tres sentencias de contenido; la interpretación e integración de los contratos, con sólo una sentencia; efectos de los contratos para los terceros, donde anota seis resoluciones; modificación sobrevenida en las circunstancias del contrato y la cláusula "rebus sic stantibus", donde estudia siete sentencias; la resolución de los contratos, con seis; los sujetos de la relación obligatoria; solidaridad y mancomunidad de las obligaciones, con dos; la prestación y sus modalidades, con un contenido de tres sentencias; las cláusulas de estabilización, donde incluye siete interesantísimas sentencias; el cumplimiento de las obligaciones, con once; las facultades de defensa del derecho de crédito, con seis sentencias; las garantías de la obligación, cinco sentencias; las fuentes de las obligaciones, donde comenta seis resoluciones; los daños contractuales, con cuatro, y, por último, la extinción de las obligaciones, que se integra por cinco sentencias.

La tercera y última parte tiene como rúbrica general las "Particulares Relaciones Obligatorias", siendo su capítulo primero, la compraventa, con once sentencias anotadas; el capítulo segundo, la donación, donde estudia tres resoluciones; el capítulo tercero, arrendamiento, donde estudia seis decisiones; el capítulo cuarto, contratos de servicio y de gestión, donde analiza ocho sentencias; el capítulo quinto, contratos de obra, con una sola sentencia sobre responsabilidad del contratista; el capítulo sexto lo dedica al contrato de sociedad, con el análisis de dos resoluciones; el capítulo séptimo, los contratos aleatorios, con tres sentencias por contenido; el capítulo octavo, a los contratos de transacción y de compromiso, donde realiza la exégesis de siete resoluciones jurisprudenciales, y, por fin, el capítulo noveno destinado al derecho de daños, con diecisiete sentencias, que pone fin a tan importante obra.

Ya hemos dicho que al final de casi todas las sentencias el profesor Díez-Picazo realiza una breve pero eficacísima disección de las mismas, exponiendo la valoración oportuna realizada en méritos de un rigor científico que el propio autor se impone.

Se trata, al margen de todo protocolo, de una magna obra de un profundo estudioso del Derecho, exponente irrecusable y revelador de la maestría y hondura del saber de un auténtico valor de la civilística española.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO
Magistrado

“Droit et nature des choses”. Travaux du Colloque de Philosophie du Droit Comparée (Toulouse, 16-21 septiembre 1964). Extrait des Annales de la Faculté de Droit et de Sciences Economiques de Toulouse. París, 1965; 272 págs.

Reúne el presente volumen las Ponencias y Comunicaciones presentadas al Primer Coloquio de Filosofía del Derecho Comparado organizado por la Facultad de Toulouse en 1964. Sabido es el retraso con que estas publicaciones suelen ver la luz.

El *Doyen* Marty se preguntaba, abriendo el Coloquio: “¿Cuál es el alcance de este concepto, su posible función en la génesis o en la construcción del derecho? ¿Es una noción que pertenece a la constatación de los hechos materiales o sociológicos, un dato, a lo sumo, para la reflexión del jurista, o un marco que delimita los límites más o menos fijos o móviles de lo posible? ¿O bien esta noción puede—y en qué forma—crear un vínculo, o, incluso, una síntesis, entre el mundo del *Sein* y del *Sollen*, el mundo de las cosas o de los hechos humanos y el de los valores?” Ya se comprende que la problemática discutida en el coloquio había de interesar hondamente a los jusprivatistas, y, en efecto, no faltaron constantes referencias a la temática del Derecho civil (propiedad, principios generales del Derecho, etc.) a lo largo de las discusiones.

Al recogerse íntegramente las Ponencias y Comunicaciones presentadas, así como las intervenciones suscitadas durante el Coloquio, se ofrece ahora al lector un vivo cuadro de la doctrina jurídica occidental sobre la *Natur der Sache*, con expresa inclusión de un ponente norteamericano y de otro de los países comunistas, y sin que, esta vez, faltara un representante español.

El *rapport* de Batiffol puso, más bien, al descubierto la penuria de aportaciones francesas al tema de la naturaleza de la cosa, aunque no faltan referencias en Montesquieu y Domat; el autor se centró al ámbito de la legislación, observando Marty en el Coloquio que el legislador no suele preocuparse de saber si es fiel, o no, a la naturaleza de las cosas, sino que resuelve por empirismo o por pasión.

La Ponencia de Maihofer fue una de las más importantes del Coloquio, pudiéndose afirmar que marcó el tono del mismo. Después de una introducción sobre las relaciones entre Derecho natural y naturaleza de las cosas, dedica la primera parte a exponer el arranque de la doctrina

en Reinach y su evolución actual hacia un ontologismo de los conceptos jurídicos, especialmente con Welzel y Stratenwerth; en la segunda, se ocupa de la naturaleza de las cosas como estructura axiológica, exponiendo las concepciones de Radbruch, Ferner y Coing, concluyendo, desde su personal posición filosófica existencialista, con una concepción de la naturaleza de las cosas como estructura y orden inmanentes a las situaciones jurídicas.

Por el contrario, en los países de legislación comunista la noción de "naturaleza de las cosas" no desempeña ningún papel, según aseguró el profesor Szabo, de Budapest, quien se esforzó por mostrar a los juristas occidentales los mecanismos que en la concepción jurídica socialista sustituyen a dicho concepto.

Original fue la Ponencia del profesor Jones, de la Universidad de Washington, centrada en torno al libro de Llewellyn, *The Common Law Tradition*, que, sin ser propiamente de filosofía jurídica, tiene no poco que ver con la materia objeto del Coloquio en cuanto que analiza los métodos empleados por los Tribunales de Apelación en los Estados Unidos.

El profesor Hurtado-Batista expuso el estado de la doctrina española sobre la "naturaleza de la cosa", con base en las obras de Legaz, Recasén, Galán y Asís.

Una posición escéptica para su país nos presenta Bobbio, historiando los esfuerzos de los mercantilistas y la discusión y propósito de los principios generales del Derecho, zanjada en el nuevo Código; a su juicio, el recurso a la naturaleza de la cosa no difiere de la interpretación teleológica; explica el escaso éxito de esta doctrina por el anti-naturalismo y por el predominio del historicismo idealista.

En la discusión general hizo notar Marty que encerrar esta cuestión en la problemática de las fuentes formales del derecho es minimizar su alcance. El filósofo del derecho se plantea el tema fuera de un sistema dado de fuentes formales, inquiriendo cómo se elabora el derecho, con qué elementos y en qué medida puede utilizarse la naturaleza de las cosas, como lo hace un legislador que por primera vez aborda un problema. Admite que la dialéctica forma parte de la naturaleza de las cosas, ya sea marxista o existencialista. Observa cierto retorno al jusnaturalismo clásico o neo-clásico, y concluye con unas palabras llenas de sinceridad que no pueden menos de admirarse: "Aunque yo he manifestado considerables desconfianzas respecto a las justificaciones y apriorismos racionales del derecho natural clásico, no llego a resignarme a esta especie de subjetivismo que hace posibles todas las soluciones. No es verdad que todo sea verdadero; en primer lugar, se ve por los resultados; y, además, yo no creo en la diversidad subjetiva total de la naturaleza humana, y me parece que hay un lenguaje común entre los hombres, lenguaje que las coincidencias de la historia y del Derecho comparado hacen imperfectamente sensible."

FLUME, Werner: "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II: Das Rechtsgeschäft". Berlin-Heidelberg-New York, 1965 (Ed. Springer) ("Parte general del Derecho civil, II: El negocio jurídico"); 939 págs.

Nos encontramos ante obra verdaderamente excepcional, no sólo por su extensión, sino también por su calidad. Seguramente el voluminoso libro del profesor de Bonn constituye, sin paradojas ni hipérboles de ninguna clase, una de las aportaciones más importantes de la civilística alemana de la postguerra. Y sin duda alguna la más importante en materia de negocio jurídico.

Frente a las construcciones doctrinales anteriores y dada la índole tan sugestiva del tema, la obra de W. Flume no representa propiamente una reelaboración de la materia, como podría pensarse conforme a una nueva conciencia jurídica que se destaca notablemente del "positivismo científico" o Pandectismo, al cual se le debe la prístina configuración de la teoría general del negocio jurídico, sino que la aportación de W. Flume se mantiene en un justo medio, lo que da aún más valor a una obra de esta naturaleza, distando, igualmente, de una reelaboración como las que modernamente, aunque de una manera parcial, se han intentado, tanto en la doctrina alemana como en la italiana, que de una construcción fiel a los viejos dogmas individualistas. Esta posición intermedia no excluye el aspecto crítico, dando posibilidades de reelaboración, sin perder de vista una mejor comprensión de la estructura sistemática del tema, para lo cual adopta —como el mismo autor reconoce en el prólogo— un método histórico-dogmático, única manera de valorar los frutos de una gran cultura jurídica, como representa el Pandectismo, y de proyectar su enseñanza sobre la experiencia jurídica como método de elaboración de la propia actividad especulativa en el campo del Derecho.

Destaca W. Flume que el negocio jurídico depende de la autonomía privada, de la posibilidad que tiene el individuo de regular sus intereses privados, posibilidad que se establece de acuerdo con el ordenamiento y de esta idea fundamental, indudable, deriva el autor su concepto del negocio jurídico. Esto le lleva a distinguir el negocio jurídico de la "declaración de voluntad", que en definitiva no es más que la exteriorización de la voluntad, manifestándose de este modo en contra de la doctrina dominante, pero poniendo de relieve algo que desde fuera del sistema alemán y, sobre todo, conforme a una mentalidad latina se advertía intuitivamente y era, en definitiva, partiendo del común reconocimiento del negocio jurídico como consecuencia de la autonomía privada, que, de tal concepción se derivaba una diferencia estructural en la distinta manera de estar dispuestos los elementos del negocio jurídico al comparar el sistema alemán con los sistemas latinos, diferencia que no cabe atribuir al sistema, en la interpretación de W. Flume, sino a la doctrina dominante, de la que se aparta. Esto le sirve para superar la antinomia entre las llamadas teoría de la voluntad y teoría de la declaración y para ofrecerle un certero punto de vista cuando se trate de aplicar o no a las

“actuaciones de la voluntad” y a los “facta concludentia” un criterio discriminatorio de si constituyen o no negocios jurídicos, dependiendo no que puedan ser considerados o no declaraciones de voluntad, sino de que efectivamente lleven a cabo una regulación autónoma de relaciones jurídicas, que es en lo que consiste en definitiva el negocio jurídico.

El libro se encuentra dividido en once capítulos. En el primero, que se refiere a “La esencia de la declaración de voluntad y del negocio jurídico”, establece la doctrina a que nos hemos referido en el párrafo anterior, a la vez que estudia los requisitos de la declaración de voluntad y se plantea una serie de aspectos modernos conexos con la configuración del concepto del negocio jurídico, así la relación del negocio jurídico propio del Derecho privado con otros actos de naturaleza equivalente que se desarrollan en el campo del Derecho público, o la fundamentación de relaciones jurídico-privadas en un acto administrativo, o el problema de la contratación de hecho o el que de los actos jurídicos realizados en masa, para los que el autor defiende la extensión de la disciplina del negocio jurídico; etc.

El capítulo segundo se refiere a las “Clases de negocios jurídicos”, dedicando el primer epígrafe a la clasificación de los distintos tipos y conforme a los distintos criterios, de negocios jurídicos y, el segundo, a la distinción entre los negocios causales y abstractos; planteamiento que tiene un interés extraordinario en la obra de W. Flume, pues establece una auténtica revisión de la doctrina en relación con este interesante tema, haciendo la crítica del excesivo desarrollo que ha cobrado en el sistema alemán el “principio de abstracción”, dependiente de la configuración como acto abstracto del negocio de transmisión de la propiedad, en contra de la necesidad de fundar la atribución patrimonial en una “iusta causa”, como aparece en el Derecho romano. Es verdaderamente una lástima el que, al no existir en el Derecho alemán la “causa” del negocio como un requisito autónomo e independiente, por una parte, y dados los términos de ponderación y equilibrio en que se desenvuelve esta obra, por otra, hemos de notar que, cuando el autor se refiere a la causa la toma en consideración como “causa naturalis”, no como “causa iuris” que es el significado que ha adquirido en los Derechos latinos. Pero de todos modos, la revisión crítica del sistema que ofrece. W. Flume y la propia crítica de la crítica del mismo que llegó a tomar unas proporciones desorbitadas en la doctrina inmediatamente anterior a la época actual, será muy útil para la doctrina común europea, al abordar este planteamiento fuera de los límites del propio sistema alemán.

En el capítulo tercero, se trata de la “Formación o génesis del negocio jurídico”, dedicando el autor especial atención al tema de la capacidad en la formación de la voluntad negocial, analizando numerosos aspectos particulares, ocupándose detenidamente, también, de la recepción de la voluntad declarada, destacando especialmente la contratación entre ausentes y por último lleva a cabo un estudio completo de la forma y del negocio formal. En el capítulo cuarto, estudia “la interpretación”, referida al

negocio jurídico, pero haciendo un planteamiento general de la teoría de la interpretación de la que desarrolla la crítica, ineludible por otra parte, del positivismo jurídico.

En el capítulo quinto estudia los “Negocios jurídicos ilícitos”, refiriéndose a sus clases y analizando con atención especial el problema de los negocios ilícitos en contra de las buenas costumbres, referencia a la que otorga la misma configuración objetiva que a los restantes supuestos, por lo que rechaza la opinión de Enneccerus-Nipperday, que distingue los efectos de ésta ilicitud según que el sujeto conozca o no las circunstancias que lo hacen ilícito, ocupándose, por último, del problema de la procedencia de la “condictio” en tales negocios. En el capítulo sexto trata de “La teoría de los vicios de la voluntad”, dividiendo la materia en tres apartados, en el primero, estudia la reserva mental, el negocio simulado y la declaración “iocandi causa”; en el segundo, el error, al que dedica una atención especial, estudiando las distintas clases de error en función de que se trate de negocios “inter vivos” o “mortis causa” y, por último, el llamado error en la base del negocio, mostrándose contrario a la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus”, de una manera general, sin que deje de reconocer la función de los tribunales en cuanto a la tarea de perfilar una distinta distribución del riesgo en determinados contratos respecto de la actual regulación legal. Dedicando el apartado tercero, el estudio de dolo y de la intimidación.

El capítulo séptimo está dedicado a la “Nulidad e impugnabilidad”, estudiando, en primer término, el significado de la nulidad, y señalando que la nulidad no implica que el negocio falte, sino que no es válido, por eso el negocio nulo puede producir consecuencias de otra índole, todo depende de la causa de nulidad que le afecte; en segundo lugar, estudia la impugnación, a la que en sí misma considera como un verdadero negocio jurídico; y, en tercer lugar, se ocupa de la nulidad parcial y de la conversión del negocio jurídico, a la que considera como una variante de la anterior, respondiendo al mismo principio de salvar el intento de las partes en lo que no se halle afectado por la nulidad, si bien en la conversión la sanatoria del negocio se produce de manera “cualitativa”, no “cuantitativa”, como resulta de configurarse un nuevo negocio con los elementos salvados de la nulidad. El capítulo octavo, trata de “El contrato” que estudia dentro de la concreta regulación del sistema jurídico alemán, estableciendo un paralelismo entre el concepto de negocio y el concepto de contrato como abstracción de los distintos tipos posibles de contrato, en lo que vuelve a reaparecer esta sutil diferencia que se manifiesta en la diversa disposición de sus elementos, existente entre el sistema alemán y los sistemas latinos. Estudiando también en este capítulo, entre otras cosas, el problema del consentimiento y del disentimiento en el contrato, delimitando a propósito de este último la llamada culpa “in contrahendo”, al rechazarla en tal supuesto y dedicándose al estudio, en la última parte del capítulo, de los contratos de adhesión.

Los últimos tres capítulos se hallan dedicados, respectivamente, al estudio de "Condición y término", analizando a propósito de la condición la compraventa con reserva de dominio hasta el total desembolso del precio; la "Representación y apoderamiento", reconduciendo el llamado "poder de representación", a la doctrina de la "Subsanación y convalidación" del negocio jurídico, estudiando junto a la confirmación y la ratificación, las figuras de la autorización o licencia, estableciendo sus semejanzas y diferencias.

Pero dado el amplio contenido de esta monografía es imposible dar cuenta, en una recensión, de todos los aspectos y ni siquiera de los más interesantes, que constantemente asaltan al estudioso con su lectura, pues dependen en gran parte, del nutrido análisis de cuestiones que emprende en cada tema y, sobre todo, de su propio método, no sólo desde el punto de vista científico, sino como método de expresión en lo que las cuestiones adquieran en cada momento un tono sugestivo muy interesante.

JOSÉ LUIS DE LOS Mozos

GARCIA GARRIDO, M.: "Casuismo y jurisprudencia romana (Pleitos tomados del Digesto)". Santiago de Compostela, 1965. Un volumen de 178 páginas.

Fruto de su experiencia docente, el profesor García Garrido recoge en esta obra y selecciona una serie de casos de la jurisprudencia romana contenidos en el Digesto.

La finalidad didáctica y formativa que aporta el estudio del casuismo del Derecho romano es evidente para el jurista moderno, tanto en materia de las relaciones personales y familiares como en las aún perennes del derecho patrimonial, a la cual el autor da cumplidamente mayor importancia en esta colección de casos.

Después de la presentación de la obra, se elaboran por el profesor García Garrido dos magníficos epígrafes dedicados a la jurisprudencia romana y a la elaboración casuística del derecho. En el primero, se hace un balance del valor del jurisconsulto romano, de sus características como modelo y ejemplo del saber impartir justicia; de la evolución de su cometido, primero Pontífice y después laico; las etapas de la jurisprudencia tradicional, la republicana, la del Principado o clásica; la aparición de las escuelas y la jurisprudencia burocrática con las figuras de sus más preclaros juristas. El segundo epígrafe se refiere a las obras jurisprudenciales y a la elaboración casuística del derecho; la técnica de elaboración y la comparación de la jurisprudencia romana con la actual.

La parte de la obra que se dedica a los casos prácticos de la jurisprudencia romana queda clasificada en tres partes: I. Propiedad y derechos reales. II. Obligaciones y contratos. III. Derecho de familia y

derecho hereditario. Cada caso contiene la cita del jurista y de la obra que lo recoge, enumerándose en dos apartados los supuestos de hecho y las cuestiones jurídicas; de este modo, el alumno encuentra planteados los problemas más importantes para resolver, sin que ello sea obstáculo para que no se agoten todas las posibilidades que el caso puede presentar.

La obra se concluye con un índice alfabético de los jurisconsultos romanos más célebres y el enunciado de sus obras más importantes. En definitiva, una tarea llevada con perspicacia y tesón que pone en manos no solamente del alumno, sino de todos los juristas en general un instrumento valioso para la reflexión y el estudio de las instituciones y de sus siempre perennes aspectos.

José BONET CORREA

HIERNEIS, Otto: "Das besondere Erbrecht der sogenannten Foralrechtsgebiete spaniens". Berlin-Tübingen (W. d. Gruyter & Co. - J. C. B. Mohr), 1966; 495 págs.

Constituye este libro el volumen 33 de la colección de "Beiträge zum Ausländischen und Internationalen Privatrecht", que se publica bajo los auspicios del "Max-Planck's Institut" y que actualmente dirige el profesor doctor K. Zweigert. En él nos ofrece su autor un estudio tan completo, como detallado, del Derecho especial de Sucesiones de los llamados territorios forales españoles, siendo una aportación muy importante a la literatura foralista, contando con el interés, sobre todo, no sólo del tema, ya que en materia sucesoria es donde se manifiesta, de una parte, de un modo más amplio la especialidad foral, y, de otra, donde la riqueza y diversidad de las instituciones es más intensa, sino, también, por presentar un tratamiento de conjunto de los distintos Derechos forales, lo que en nuestra doctrina no es tan frecuente como fuera de desear, defecto que echamos en falta, especialmente, los que, por ser castellanos, nos hallamos habituados a abordar el tema con carácter general.

El mérito fundamental de este libro es que el autor no ha regateado esfuerzo al tratar de recoger exhaustivamente la doctrina española, tan extensa como dispersa, en especial la más reciente, respecto de tantos aspectos, temas e instituciones particulares y donde, a veces, predomina un planteamiento de interés exclusivamente local o regional. Propósito que, se puede decir sin exageraciones, ha sido logrado correctamente, y por lo que será de una gran utilidad para el estudioso del Derecho civil español.

Sirven de introducción al estudio del tema propuesto los dos primeros capítulos del libro, dedicados, respectivamente, a la determinación del concepto de Derecho foral en el conjunto del ordenamiento privado español y de sus fuentes. Estableciendo seguidamente y de forma esquemática los principios generales que inspiran tanto el Derecho foral como el común en materia de sucesión "mortis causa", perspectiva que reitera

a lo largo del planteamiento de todas las cuestiones que examina en particular, lo que ha de ser de gran utilidad para el lector alemán o extranjero, en general, interesado por el conocimiento de nuestro Derecho y, sobre todo, por este particular fenómeno del llamado Derecho foral; aparte de que, metodológicamente, ésta es la única manera correcta de estudiarle. Dentro ya de la concreta materia de estudio de la obra, divide su autor ésta en cinco partes, de acuerdo con una sistemática normal, ligeramente adaptada a su objeto. La primera se refiere a la sucesión testamentaria, hallándose dividida en tres capítulos, en los que se estudian sucesivamente el testamento en el Derecho foral, su contenido y la limitación a la libertad de testar. En la segunda parte se estudia la sucesión legítima; en la tercera se trata de la posición jurídica del heredero; en la cuarta, de la sucesión contractual, y en la quinta se trata oportunamente, con lo que la materia queda completa, de la situación del cónyuge supérstite.

Se ofrece también, como complemento interesante al trabajo concienzudo y paciente de su autor, una amplia relación bibliográfica (insertada al comienzo del libro, inmediatamente después del índice de materias), sobre todo por lo que se refiere a los trabajos y artículos de revista de cuestiones de Derecho foral hereditario, en particular.

En suma, se trata de un libro interesante y bien proporcionado, por el que hay que felicitar a su autor, a su mentor el profesor doctor M. Ferid, de München, y también al profesor Lacruz Berdejo, por las valiosas orientaciones y consejos que cabe advertir en la obra y que me consta no habrá escatimado, dada su acusada personalidad científica y humana.

JOSÉ LUIS DE LOS Mozos

PÉRLINGIERI, P.: "Rapporto preliminare e servitù su «edificio da costruire»". Napoli, 1966. Editorial Jovene .Un volumen de 204 págs.

La doctrina civilista italiana carecía de un estudio orgánico y unitario de las varias cuestiones que plantea el supuesto de constitución de servidumbres en el "edificio por construir". Mientras una copiosa literatura se fue formando acerca de esta singular modalidad negocial en sus varios aspectos, todavía faltaba la obra de conjunto que lo clasificase y encuadrarse en la problemática privatística. A juicio del autor, la doctrina ha venido atribuyendo al supuesto una naturaleza formal sin la adecuada valoración de los intereses que implica.

Dentro de la problemática de los negocios sobre bienes futuros, el negocio constitutivo de servidumbre sobre "edificio por construir", cuyo tratamiento positivo se encuentra en el art. 1.029, párrafo segundo del Código civil italiano, ofrece cuestiones particulares. Individualizar la naturaleza del supuesto negocial no resulta fácil; diversas son las soluciones que se han dado y que, en cierto modo, se apoyan en las

ya elaboradas acerca de la compraventa de cosa futura (Coviello, Fadda, Barassi, Butera, Messineo, Ferranti, Pugliese, Carbone). La jurisprudencia se orienta en el sentido de cualificar el supuesto como un "negocio obligatorio", negocio que no constituye un derecho real sobre el edificio, sino un derecho de crédito que, una vez ultimada la construcción, se transforma en un derecho de servidumbre. La doctrina más reciente rechaza esta orientación y se divide, bien afirmando que el negocio es válido parcial o completamente, ya eficaz, o bien considerándolo sólo en formación (Biondi, Pugliese), por lo que es capaz de producir cualquier efecto preliminar de naturaleza precontractual o incapaz de producir cualquier efecto (Zavghi y, anteriormente, Coviello y Cicu).

Perlingieri comienza por delimitar las hipótesis negociales que aparecen en el art. 1.029: a) la servidumbre para asegurar a un fundo una ventaja futura; b) la servidumbre a favor o a cargo de un edificio por construir, y c) la servidumbre de un fundo por adquirir. Respecto de las hipótesis a) y b), Perlingieri afirma que, desde un punto de vista de la lógica abstracta, la constitución de una servidumbre para asegurar a un fundo una ventaja futura puede referirse tanto a un fundo presente y actual como a un fundo ajeno; por otra parte, una servidumbre sobre edificio por construir puede ser constituida tanto en vista de una ventaja actual como de una futura; siempre en teoría, es posible la constitución de una servidumbre no referida exclusivamente a un edificio por construir, pero sí a un fundo futuro, esto es, sobre un suelo que no resulta presente y actual, pero que, no obstante, es determinable.

Según Perlingieri, la hipótesis negocial es factible, sin embargo su naturaleza no es obligacional, por lo que lo que no puede considerarse como "negocio obligatorio" o de efectos obligatorios. Tampoco el negocio constitutivo de servidumbre sobre edificio por construir es nulo por falta de un elemento constitutivo de la relación, puesto que los que tal afirman confunden los elementos del negocio y los elementos de la relación. Si cabe la constitución de la servidumbre, afirma, no es porque tenga por objeto el suelo, sino la posibilidad de un fondo futuro y porque el edificio es una entidad económico-jurídica autónoma; además, la relación que existe entre el negocio y el evento de la existencia del fundo, o fundos, constituye el elemento de eficacia del negocio.

La servidumbre sobre un edificio por construir se tipifica por Perlingieri como una relación preliminar-conditional de origen contractual; su encuadramiento dogmático está en el concepto general de relación preliminar. A su juicio, la relación preliminar no es independiente de la relación final en vista de que existe una correlación normal entre relación preliminar y final; la relación preliminar si bien es variable de contenido es un concepto digno de consideración autónoma. De aquí que quepa un comportamiento por parte del gravado (obligaciones eventuales "de facere", facultad de liberarse de las obligaciones, accesorias mediante abandono liberatorio, gastos de conservación, etc.).

que el beneficiario no tenga sólo un derecho de crédito, sino un derecho de adquisición del derecho de servidumbre, de que tenga un resarcimiento por daños, de que haya una oponibilidad frente a terceros derivada del título negocial y quepa la inscripción, así como que haya una tutela de la relación preliminar de servidumbre.

La última parte de la obra, Perlingieri la dedica a examinar la extinción de esta relación preliminar, que es la menos estudiada por la doctrina; hace el examen de los supuestos de extinción por causas diversas de eliminación de la relación más que de las llamadas causas de extinción para la eliminación de la relación y aplica a la relación preliminar los modos de extinción típicos de la relación obligatoria.

Efectivamente, las soluciones que Perligieri propone acerca de la naturaleza y los efectos de la hipótesis negocial sobre la entidad de la relación preliminar y sus vicisitudes se apartan de modo evidente de las concepciones corrientes de la doctrina anterior y su obra supone un esfuerzo muy meritorio y relevante para tratarlas unitariamente.

José BONET CORREA

SCARDULLA, Francesco: "La separazione personale dei coniugi". Dott. A. Giuffré. Milano, 1966; 558 págs.

Con orientación preferentemente práctica, con base en las monografías fundamentales de Azzolina, Falzea y, para los aspectos procesales, Mandrioli, aparte de las obras generales de Jemolo, Degni y Gangi, el autor, que pertenece a la Magistratura, ha elaborado un excelente Manual sobre la separación de personas en el matrimonio, que tiene en cuenta las cuestiones doctrinales discutidas, pero que, sobre todo, recoge una rica casuística jurisprudencial y moderna.

En la Introducción se expone el concepto de la separación conyugal, que se configura como una modificación del estado conyugal que hace cesar el deber de cohabitación y singulariza el deber de asistencia, ya que mientras la asistencia espiritual llega casi a desaparecer, la asistencia material se reduce a un puro cálculo económico; lo que caracteriza a la separación es una modificación sustancial de las obligaciones que nacen del matrimonio, en su contenido y en su estructura.

La primera parte expone las distintas formas de separación, distinguiendo la separación de hecho, la consensual y la judicial; esta última se estudia con gran detalle, tanto en su concepto como en cada una de sus figuras: siguiendo a la mayoría de la doctrina (Ricci, Venzi, Stolfi, Jemolo, entre otros), sostiene el carácter culpable de la separación judicial (en sentido amplio, pudiendo imputarse, en cada caso, a dolo o culpa), así como la taxatividad de las causas de separación enumeradas en el Código; al ocuparse del adulterio, entiende que la heteroinseminación no debe incluirse en esta causa, sino en las injurias; destaca la am-

plitud con que se trata de las injurias graves, así como de la casuística, mucho más actual que la que suelen exponer habitualmente los autores (sostiene que el cambio de religión no es causa de separación cuando es fruto de una reflexión profunda; que el control de la correspondencia por el marido lesiona el derecho al secreto y reserva epistolar, que deben respetarse siempre que ello no se traduzca en manifestaciones contrarias al buen orden de la familia; que la prohibición de ejercer un oficio o profesión ha de ponerse en relación con la presencia cada vez más activa de la mujer en el trabajo), siendo de notar la importancia concedida a dos temas clásicos: el de la pérdida de la virginidad *ante nuptias* y la negativa del débito conyugal como causas de separación; las otras causas de separación se tratan con mayor sumariedad; se cierra el estudio de esta parte con la que denomina separación judicial temporal, a la que atribuye carácter anticipatorio, y que tiene función análoga a las medidas de los artículos 67 y 68 de nuestro Código civil cuando se pretende ejercitar la acción de nulidad.

La segunda parte trata de los efectos de la separación, distinguiéndose entre efectos comunes y especiales de cada una de las formas de separación; al ocuparse de la famosa cuestión del ateísmo del cónyuge a quien se confían los hijos del matrimonio, el autor sigue la opinión de Gangi, que tiene fundamentalmente en cuenta la forma de matrimonio que celebraron los cónyuges separados, si bien introduce algunas matizaciones; las asignaciones de mantenimiento y alimenticia, así como la regulación de las relaciones patrimoniales son objeto de tratamiento separado, si bien estas últimas se exponen más brevemente.

La cesación del estado de separación es objeto de la tercera parte; se estudian la reconciliación, la muerte del cónyuge y la nulidad del matrimonio. Mientras que la última parte se destina a los aspectos procesales, de menor interés para el lector no italiano.

Libro claro, bien sistematizado, que no desdeña los problemas doctrinales, aunque enfocado fundamentalmente a la praxis, de utilidad para nuestro matrimonio civil dada la similitud de regulación.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

SANTOS PASTOR, Angel: "Propietarios, colonos, inquilinos"; tomo I: "Arrendamientos rústicos", 341 páginas; tomo II: "Arrendamientos urbanos", 475 páginas. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1966.

Estos dos tomos son la cuarta edición de esta conocida obra del ilustre Abogado palentino.

Se trata de una obra eminentemente práctica, destinada tanto a los profesionales del Derecho como a los interesados en problemas arrendatarios, sean rústicos o urbanos, por lo que, con frecuencia la exposición doctrinal va avalorada con la aplicación en ejemplos, con el apéndice que ambos tomos tienen de formularios relativos a las más frecuentes vicisitudes

des de la relación locaticia y siempre con la cita de una abundante jurisprudencia, muchas veces expuesta con amplitud, que no es corriente encontrar en los libros doctrinales, pero que, en una obra de carácter práctico incrementa la utilidad de la misma.

Prescinde de las grandes discusiones doctrinales, aunque, no por eso, dejen de estar apuntadas en sumaria exposición, por lo que, a veces incurre en alguna omisión, como al tratar de las aparcerías, porque no se hace referencia a la regulación de las mismas en la Compilación de derecho especial de Galicia.

El tomo I distribuye la materia en doce temas, a saber:

- 1.^º Sobre el carácter y ámbito de la legislación especial arrendaticia;
- 2.^º Sobre conversión y pago de rentas y repercusión de contribuciones, que contienen cuantos datos son necesarios y deben ser tenidos en cuenta a estos efectos;
- 3.^º Sobre colonos protegidos o privilegiados y arrendamientos colectivos;
- 4.^º Sobre revisión, reducción y condonación de rentas;
- 5.^º Sobre duración y prórrogas de los contratos;
- 6.^º Que comprende varios temas referentes a transmisión de fincas arrendadas, extinción del usufructo, año agrícola y muerte del arrendatario;
- 7.^º Comprende los derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario la acción interdictal a favor del colono tema bien tratado aunque dentro de la línea de parquedad en el modo de considerar los aspectos doctrinales;
- 8.^º Relativo al retracto arrendatario, el más extensamente tratado con un extenso repertorio jurisprudencial;
- 9.^º Sobre reparaciones y mejoras;
10. Agrupa la extinción de los arrendamientos, su rescisión y desahucio del colono;
11. Se refiere a las aparcerías y plantea mucha problemática, lo mismo en torno al retracto, en tales contratos, como al llamado derecho de opción, conversión de la aparcería en arrendamientos y a las causas de extinción de las aparcerías, siempre refiriéndose a la agrícola, aunque no falta alguna alusión a la pecuaria y se inserte en el formulario un contrato de aparcería de un rebaño de ovejas;
12. Trata de los aspectos jurisdiccionales y procesales.
13. Que es el último, hace referencia a los arrendamientos especialmente protegidos, tratando del acceso a la propiedad y de las prórrogas, así como de la validez de los pactos privados.

Sigue luego un apéndice de formularios de contratos y de escritos judiciales, en número de 35 y otro más comprensivo de 36 dictámenes, en los que se busca ilustrar "la glosa precisa y sintética a la hora de aplicar la ley" conforme dice el autor.

También el tomo II está distribuido en temas, en número de 12, que se refieren:

- 1.^º Al ámbito de aplicación de la ley, a las clases de arrendamientos

que regula, al carácter irrenunciable de sus normas, a la noción de abuso y fraude de ley y a los derechos internacional privado y transitorio;

2.^º Se refiere a subarriendos y hospedajes y arrendamiento de viviendas amuebladas;

3.^º A la cesión de vivienda y al traspaso de local de negocio;

4.^º A los derechos de tanteo y retracto arrendaticios;

5.^º Trata de la duración de los contratos de arrendamiento y la sucesión mortis causa en los mismos, siendo de particular interés los comentarios que el autor hace al problema en cuanto a locales de negocio (artículo 60 L. A. U.);

6.^º Trata de las excepciones a la prórroga y cuando se refiere a la excepción por necesidad señala las tres causas reiteradamente recogidas por la jurisprudencia, a saber, casos de enfermedad, problemas de índole económica y deseo de tener un hogar independiente o residir en vivienda ajena sin condiciones de habitabilidad. Estudia después las presunciones legales de necesidad, pasando a continuación a tratar el problema del orden de selección de piso para denegación de la prórroga, mereciéndole una consideración particular la de los pensionistas y clero, siguiendo después con la denegación de prórroga por necesidad en locales de comercio. Estudia la causa segunda de derribo, para reconstrucción de la finca y hace breve alusión a la inclusión en el Registro de solares. Y sigue el estudio completo de las causas 3.^a, 4.^a y 5.^a de denegación de la prórroga.

Mucha extensión dedica, como se merece, al estudio de la renta y su revalorización contenido copia de datos necesarios para toda determinación particular de una renta concreta. Alude brevemente aquí a las cláusulas de estabilización, supuesto que, indudablemente, merecía una consideración más amplia.

Tras un capítulo dedicado a las obras de conservación y mejora viene un amplio estudio de las causas de resolución del arrendamiento urbano y concluye con un capítulo, también, extenso, dedicado a cuestiones procesales.

A continuación vienen 46 formularios de contratos, notificaciones y demandas más frecuentes en la práctica diaria.

La aportación del Letrado don Angel Santos Pastor al estudio de la relación arrendaticia, la estimamos muy interesante y sobre todo muy práctica, por lo que auguramos que la misma será acogida excelentemente por el público profesional.

IGNACIO SERRANO
Catedrático de Derecho Civil

TORRALBA SORIANO, Vicente: "El modo en el Derecho civil", Alicante (Publicaciones de la Caja de Ahorros del Sureste de España, 1966.

Esta obra es interesante, sobre todo, porque ofrece por vez primera en la literatura jurídica española el tratamiento monográfico de un tema tan ambiguo y escurridizo como el del modo. Para su autor, la

labor a realizar por la dificultad del tema necesariamente habría de ser muy costosa, pero podemos decir, en honor a la justicia, que ha sabido salir airoso de ella, sin que se pueda pensar que la obra sea definitiva, aunque esto no es una censura al trabajo desarrollado por el Profesor Torralba Soriano, sino una condición del tema elegido, ya, que los grandes temas del Derecho privado están llamados a tejerse y destejese incesantemente. Este trabajo puede hacerse, por el jurista sin fortuna o con ella y en la presente ocasión nos hallamos en el segundo supuesto.

Es natural que así sea porque el autor no ha escatimado esfuerzo para llevar a buen puerto su trabajo, manejando con aprovechamiento los fondos bibliográficos de diversas Universidades extranjeras y aprovechando después la beca de iniciación a la investigación que le ha concedido la Comisaría General de Protección Escolar, lo que desgraciadamente no suele hacerse en otros casos por los que se benefician de tales ayudas y, por otra parte, han contado con la experta dirección de su maestro el Prof. Gitrama González, a quien especialmente debemos felicitar por el éxito del trabajo.

La figura del modo, no tiene en el Derecho un planteamiento unitario, existen efectivamente unos elementos naturales del modo, pero sus consecuencias, es decir, sus efectos se producen diversamente conforme a la diversa manera de quedar estructurado en el ordenamiento. Estas dos perspectivas son las que deben de presidir toda investigación sobre el tema, método al que especialmente se ajusta el autor del presente libro, cuando hace el planteamiento del tema en la introducción del mismo, señalando, además, lo espinoso de la individualización del modo en un mosaico de figuras afines, aunque solamente afines en un sentido meramente tangencial y la dificultad de la escasa y fragmentaria regulación legal.

El libro cuenta con cinco partes, aunque internamente se puede dividir en dos y un apéndice. La primera parte, se corresponde en la configuración externa de la sistemática del libro, a lo que constituye su primera parte, también internamente y trata de la formación histórica de esta figura jurídica. En ella tenemos que hacer una levísima observación, porque aparte de ser correcto el estudio del desenvolvimiento histórico del modo, la observación depende, exclusivamente, del método propio de abordar las cuestiones históricas; pues bien, a mi entender en la evolución histórica del Derecho hay que distinguir siempre, pero especialmente con referencia al Derecho bajo romano, una tradición culta y una tradición vulgar, lo que permite valorar e interpretar al Derecho actual dogmático desde el punto de vista histórico sacando de ello el mayor partido posible.

La segunda parte, se refiere al estudio de la figura jurídica del modo en el Derecho moderno, correspondiendo a ella, en la sistemática del libro, las partes segunda, tercera y cuarta. La primera, se refiere a la construcción dogmática del modo, lo que el autor lleva a cabo con

pulcritud y con rigor, examinando los distintos criterios doctrinales y la diferenciación del modo de los motivos, de la causa, de la presuposición, de la base del negocio, etc. y fundamentalmente, en capítulo aparte, la esencia de la cláusula modal en la existencia de una liberalidad que le sirva de base, prestando también atención a algunos casos límites de disposiciones modales, así como el problema del modo ilícito o imposible y la transcendencia registral del modo. En las partes, tercera y cuarta —acaso las más interesantes y provechosas del libro— se dedica al estudio del modo testamentario y de las donaciones modales.

Por último, en la parte quinta, que constituye propiamente un apéndice del trabajo realizado, se estudia el modo en el Derecho comparado. Siendo de notar que el libro ha merecido, el premio "Pérez Mirete", del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante, para monografías, en 1965. Doble motivo por el que felicitamos a su autor muy sinceramente.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS

REVISTAS

A cargo de MORALES MORENO, Antonio
Manuel y BERCOVITZ, Rodrigo.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

BOBBIO, Norberto: *Diritto e forza*, RDCC, año XII, núm. 6, noviembre-diciembre 1966; págs. 537 a 548.

En la definición tradicional, la fuerza es considerada como un medio de realización del Derecho. Según la teoría que el autor se propone examinar, la fuerza es considerada como el *contenido* de la norma jurídica.

2. Derecho de la persona

BIONDO BIONDI: *Impostazione del testamento nella giurisprudenza romana nei codici e nella dommatica moderna*, RDCC, año XII, núm. 5, septiembre-octubre 1966; págs. 445 a 454.

El código y la doctrina consideran al testamento como *negozio giuridico* (acte, Rechtsgeschäft).

Pretende el trabajo encontrar las bases del testamento en el Derecho romano mas antiguo. Los modernos estamos acostumbrados a encontrar las bases del reconocimiento de una figura jurídica en la ley escrita. Pero en el Derecho romano antiguo no era así. Se trata de encontrar en él la célula gesminativa, de donde se ha desarrollado el complejo sistema que llegará hasta el complejo sistema que encontramos en el Derecho y ciencia jurídica moderna.

De esta forma se puede llegar a ciertos principios y deformaciones del Derecho moderno, que de otro modo serían difíciles de explicar.

CATALA, Pierre: *La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne*, RTDC, año 65, núm. 2, abril-junio 1966; págs. 185 a 215.

El patrimonio como concepto jurídico, fruto de brillantes construcciones de nuestra ciencia, permanece inalterado, en medio de los cambios que caracterizan el momento actual. Las transformaciones de nuestra sociedad afectan, más que al concepto del patrimonio, a su contenido. Este es el tema del trabajo, estudiar estas transformaciones.

Los factores psicológicos y sociológicos de nuestra sociedad, nos la han convertido en una sociedad de consumo más que de ahorro, en la que la fuente principal de ingresos es el trabajo. La materia económica del patri-

monio y la propia jurídica, se transforman al contacto con los ingredientes de nuestro momento. El patrimonio se integra por bienes nuevos, en los que juega un papel importantísimo la actividad humana, la explotación, y que por este motivo, son fundamentalmente de naturaleza incorporal.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *El testamento y su pretendida patrimonialidad (empleo en la técnica del reconocimiento de hijos naturales)*, RDP, mayo 1966; págs. 463 a 475.

Considera el autor, en conformidad con la doctrina sostenida por la sentencia de 22 de diciembre de 1964, que el reconocimiento de hijo natural verificado en testamento notarial siempre es válido, ya se incluya con otras disposiciones patrimoniales o no, en el mismo, ya presente el único contenido testamentario, por cuanto que ese reconocimiento tiene pública constancia al amparo de los artículos 131 y 133 del C. c. y el acto que lo acoge es un auténtico testamento, aunque obra la sucesión intestada.

MESSINEO, Francesco: *Accordo simulatorio e dissimulazione di contratto*, RDCC, año XII, núm. 3, junio 1966; págs. 241 a 254.

El autor se pronuncia a favor de la autonomía del acuerdo simulatorio respecto al contrato disimulado, refiriéndose a la simulación relativa subjetiva (interposición ficticia de persona).

MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G.: *L'evolution récente de la notion de droit subjectif*, RTDC, año 65, núm. 2, abril-junio 1966; págs. 216 a 235.

El desenvolvimiento del derecho subjetivo en la época moderna en consecuencia de factores filosóficos y sociopsicológicos. Estos merecen la atención del autor en la primera parte del trabajo.

En la segunda, se aborda el análisis de la evolución reciente de la noción de derecho subjetivo, desde el punto de vista dogmático. Paradójicamente, se destaca una doble tendencia: de un lado, la inflacionista, llamémosla así; de otro, la tendencia restrictiva de los derechos subjetivos.

El aumento de los derechos subjetivos de toda naturaleza, ha hecho nacer buen número de dificultades, incidentes en su construcción teórica. Estas se centran en dos puntos, el del objeto de derechos subjetivos y el de la distinción entre interés legítimo y derecho subjetivo, entre derecho subjetivo y situaciones objetivas.

La restricción de los derechos subjetivos tienen dos aspectos. El externo, caracterizado por abundantes disposiciones que en los últimos tiempos han venido, en general en todos los sistemas jurídicos, a delimitar el ámbito de los derechos. El interno, que gravita en la teoría del abuso del derecho, como visión finalista del derecho subjetivo.

El autor termina el estudio con una definición. "El derecho subjetivo es una prerrogativa reconocida por el orden jurídico en provecho de un par-

ticular, en tanto que persona y miembro de la sociedad, para que se desarrolle una actividad útil a sí mismo y al bien común".

DE LOS MOZOS, José Luis: *La conversión legal como técnica del Derecho de reforma en la agricultura*, RDP, abril 1966; 370 a 380.

El concepto de conversión legal del Derecho civil, es inadecuado, según el autor, para el Derecho agrario, por lo que se hace necesaria su renovación. Se sistematizan los supuestos de transformación contractual en el Derecho agrario, según el siguiente esquema: Legislación especial de arrendamientos rústicos. Colonización. Concentración parcelario y ordenación rural.

SEILLAN, Ives: *Lácte abdicatif*, RTDC, año 65, núm. 4, octubre-diciembre 1966; páginas 686 a 735.

El doble aspecto del acto abdicativo, extintivo de un derecho y generador de una situación jurídica nueva, le sitúan en una categoría jurídica autónoma. Es cierto que el acto abdicativo es una técnica de enmascaramiento jurídico que oculta un acto traslativo o generador de obligaciones; pero esto más que nada es el resultado de la utilización que en ocasiones hacen de él los particulares. La realidad jurídica nos enseña, dice el autor, que una convención, fuera de toda transferencia o creación de obligación, puede perseguir simplemente la extinción de un poder otorgado por el Derecho a un individuo.

El acto abdicativo se nos ofrece dotado de su propia causa, que no es otra que la extinción de un derecho. La utilización inadecuada que del mismo hace el particular, crea tan sólo una apariencia negocial, atacable en la medida que sea posible desenmascarar la realidad de lo auténticamente querido por las partes. Pero esta situación de patología jurídica, no nos permite afirmar que el acto abdicativo no tenga su propia causa, y pertenezca a una categoría específica de actos jurídicos.

3. Derecho de cosas

BLAISE, Jean-Bernard: *Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage*, RTDC, año 64, núm. 2, abril-junio 1965, págs. 261 a 297.

Las relaciones de vecindad, las perturbaciones que ocasionan, las responsabilidades consiguientes, he aquí un tema que adquiere en nuestro tiempo mayor relieve que nunca, como consecuencia de la civilización industrial. Frente a la copiosa problemática que el desenvolvimiento de la vida moderna aporta a esta materia, la escasez de preceptos. Así, la materia está en manos de la jurisprudencia, que, en Francia, ha venido a aplicar criterios generales en materia de responsabilidad civil. Ella ha elaborado un principio que puede formularse así: "es responsable el que causa un perjuicio excediendo de la medida de las obligaciones de vecindad", lo que a juicio del autor, es ni más ni menos que un vago principio de equidad.

Para Blaise, la ausencia de ley en esta materia debe subsanarse acudiendo a la costumbre como norma supletoria. El C. c. francés ha organizado las relaciones de vecindad por la institución de servidumbres legales de interés privado. Pero las servidumbres no agotan las relaciones de vecindad, por eso es de capital importancia la regulación consuetudinaria de la materia.

GÓMEZ CALERO, Juan: *El derecho de "retener en prenda" del artículo 1.600 del Código civil y su problemática respecto de los vehículos de motor*, RDP, diciembre 1966; págs. 1073 a 1089.

El derecho de retención, considerado por el autor como verdadero derecho subjetivo, tiene ciertas peculiaridades, cuando se trata de retención de vehículos de motor. Tras resaltar el sentido general del artículo 1.600 C. c., estudia cada uno de los elementos del mismo (sujeto, objeto y contenido) en relación con los vehículos de motor.

4. Obligaciones y contratos

GORLA, Gino: *La "logica-illógica" del consensualismo, o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, RDCC, año XII, núm. 3, mayo-junio 1966; páginas 255 a 276.

La teoría del conocimiento y la de la recepción de la aceptación representan la prevalencia de los intereses del proponente. La teoría de la expedición viene a representar la prevalencia de los intereses del aceptante. De ambas teorías, la prevalente, en cuanto a revocación de oferta de contrato, es la que afirma que tal revocación debe ser anterior a la formación del contrato, porque la voluntad de las partes debe subsistir en el momento de formarse el contrato. Sin embargo, esta teoría no explica las soluciones adoptadas en Derecho italiano. El autor advierte cómo en este punto, más que la lógica, lo que determina la solución a adoptar es la prevalencia de unos intereses, que se consideran más dignos de tutela.

GROSSI, Paolo: *Problematica strutturale dei contratti agrari nella esperienza giuridica dell'alto medioevo italiano*, RDCC, año XII, núm. 3, mayo-junio 1966; págs. 277 a 303.

Se estudian los contratos agrarios en el alto medioevo italiano que el autor considera la piedra angular de la experiencia jurídica italiana de la alta edad media. Este cuadro, se presenta al estudioso con una riquísima variedad de relaciones, que a menudo se incardinan en un central tronco o relación típica.

SOTO NIETO, F.: *Las reparaciones necesarias en relación con las causas de resolución del arrendamiento por destrucción de la vivienda o local de*

negocio o declaración de ruina de la finca, RDP, julio-agosto 1965; páginas 576 a 667.

El arrendador está obligado respecto a la cosa objeto de arrendamiento a hacer en ellas todas las reparaciones necesarias, a fin de conservarlas en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. Tal obligación tiene un límite cuantitativo, el exceso, en el montante de las reparaciones, en un 50 por 100 del valor real de la vivienda o local de negocio. En estos casos, cabe, frente a la demanda de reparación, presentar la solicitud de resolución por vía reconvencional. La declaración de ruina es una causa de resolución del arrendamiento.

STARCK, B.: *Les rayons et les ombres d'une esquisse de loi sur les accidents de la círculation*, RTDC, año 65, núm. 4, octubre-diciembre 1966; págs. 635 a 686.

El aumento alarmante de los accidentes de circulación ha aconsejado modificar en esta materia los principios clásicos de responsabilidad civil. Se estudia en el artículo el anteproyecto de ley sobre reparación de daños causados por los vehículos de motor, en el que se eliminan causa de exoneración actualmente existentes, en favor de un normal desenvolvimiento de la disciplina reparatoria e indemnizatoria. Son beneficiarios de la reforma, los terceros exteriores, los pasajeros y el conductor. Se didican apartados al estudio, del deudor de la indemnización y montante de la misma, para terminar analizando las medidas preventivas de los accidentes de circulación.

El autor se pregunta, al fin, si una reforma en materia e reparación de perjuicios causados por los accidentes de carretera, no debe conducir a una revisión general de los conceptos y las técnicas vigentes en materia de responsabilidad civil.

5. Derecho de familia

BACH, Eugene Louis: *Contribution a l'étude de la condition juridique du conjoint survivant*, RTDC, año 64, núm. 3, julio-septiembre 1965; págs. 545 a 587.

Como término de una lenta evolución, el cónyuge supérstite, ha llegado a ser un heredero en toda la acepción del término, pues abandonando las concepciones impresas en el Código, se le considera como un verdadero pariente. Anteriormente, ya se había producido una evolución sociológica hacia esta situación. Hoy, dice el autor, no hay duda que cada cónyuge incluso desde un punto de vista técnico jurídico, es uno de los primeros parientes de su consorte.

Para el futuro, se puede prever una asimilación más completa del cónyuge superviviente a los más próximos herederos de sangre, y que se le reconocerá en la sucesión ab intestado una parte en plena propiedad, insluso cuando acuda con los hijos, y que igualmente se le considerará un heredero forzoso.

Posiblemente, más que atribuir al cónyuge superstitio una parte abstracta de

la sucesión, como a los otros herederos, convendría dejar en sus manos la permanencia del patrimonio conyugal.

BOSCHAN: *Equiparación jurídica de marido y mujer en el Derecho europeo de filiación*, RDP, julio-agosto 1966; págs. 567 a 576.

Trata de la posición de los padres respecto a sus hijos legítimos, tratando de esclarecer si en los casos de colisión de rango entre aquéllos la preferencia corresponde al padre o a la madre. Son puntos de análisis, el domicilio de los hijos legítimos, apellidos, patria potestad, deber de alimentos, entrega de ajuar o dote a los hijos.

CONSTANTINESCO, L.: *Le principe de la casualité en matière de pension alimentaire après divorce*, RTDC, año 64, núm. 4, octubre-diciembre 1965; páginas 761 a 777.

Según los términos del artículo 301 del C. c., las dos condiciones necesarias para la prestación de una pensión alimenticia, son independientes la una de la otra, no estableciendo relación entre la falta del esposo culpable y el estado de necesidad del inocente. Esta autonomía de las dos condiciones, resultante de la letra del artículo 301 del C. c., se revela inexacta a la luz de la interpretación que le han dado los Tribunales. La jurisprudencia ha establecido entre estos dos elementos una relación de causalidad, no prevista en el texto del C. c. Lo a hecho por una razón de simetría con los principios de la responsabilidad.

DURRY, G. et GOBERT, M.: *Réflexions sur la réforme de la tutelle et de la administration légale*, RTDC, año 65, núm. 1, enero-marzo 1966; páginas 5 a 36.

La ley francesa de 14 de diciembre de 1964, reestructurando la organización de la tutela en el derecho francés, ha revitalizado la figura, que como consecuencia de las imperfecciones técnicas de la anterior regulación legal, había dejado de funcionar. La nueva ley crea el *Juez de tutelas*, que posee poderes generales de vigilancia, y poderes específicos. Entre él y la familia se establece un interesante equilibrio, resultado del reparto de poderes. Junto a esto, se reestructuran los supuestos de administración legal y tutela, repercutiendo la ley en el aumento de facilidades y garantías en la administración del patrimonio del menor.

LEFEBVRE, Dominique: *L'évolution de la notion de bien propre*, RTDC, año 64, núm. 3, julio-septiembre 1965; págs. 489 a 514.

Ante una posible reforma del derecho matrimonial francés, se estudia la distinción, fundamental en materia de derecho matrimonial, entre bienes comunes y propios de cada uno de los cónyuges.

El concepto de bien propio ha evolucionado. En el antiguo régimen significaba una adscripción de determinados elementos patrimoniales a un linaje familiar. Posteriormente, deben su calificación a una afectación que se les

asigna, antes del matrimonio y con independencia de éste. Por fin, como efecto de la incidencia del artículo 832 del C. c., en materia matrimonial.

El concepto de bien propio, ofrece dos versiones, para el estudio del autor, que forman los dos grandes apartados del trabajo. Aparición de bienes propios durante la vida del régimen matrimonial y con independencia de él. Y atribución de bienes propios con posterioridad a la disolución del matrimonio.

MAURY, Jean: *La séparation de fait entre époux*, RTDC, año 3, julio-septiembre 1965; págs. 515 a 544.

Consideraciones de *lege ferenda* sobre la regulación en Francia de la separación matrimonial, junto al divorcio. Posiblemente podría ser un remedio del divorcio.

El establecimiento de esta figura jurídica, plantea problemas de política legislativa.

VINEY, Genevieve: *Du "Droit de visite"*, RTDC, año 64, núm. 2, abril-junio 1965; págs. 225 y 260.

La idea exclusivista que imprimen a la patria potestad los redactores del C. c. francés de 1804, limita las relaciones personales del niño, si el padre así lo cree conveniente, a un círculo de sujetos muy restringido, constituido por la pareja conyugal y los otros hermanos.

Pero frente a este criterio se alza una importantísima sentencia de la Corte de casación, de 8 de julio de 1857, que crea una figura jurídica "*El derecho de visita*". Este derecho permite al niño entablar relaciones personales fuera del círculo familiar más restringido, incluso en contra de la voluntad de su padre, que ostenta el poder inherente a la patria potestad.

Se ha producido una transformación innegable, en la que han intervenido no sólo factores jurídicos positivos, sino sociológicos. El niño es considerado como objeto de satisfacción y no como una carga que pesa sobre sus padres. Hay un deseo de acercarse al niño, de entablar una amistad con él.

Tres intereses hay en conflicto, según nos manifiesta la jurisprudencia francesa, recogido por el autor. El del *níño*, cuya buena educación puede aconsejar restricciones al derecho de visita, pero cuya salud psíquica, cuya fuente está en la ausencia de represiones, exige a veces no impedir el normal desenvolvimiento de sus relaciones fuera del ámbito restringido del círculo familiar más próximo. El del *tercero*, basado en el disfrute que le produce la amistad con el niño. El del *padre*, más atendible cuando veta las relaciones externas del niño más por su buena educación que por un celo exclusivista. La propia jurisprudencia francesa, que ha dado forma a este derecho, delimita el círculo de sus beneficiarios. Los hay de principio, personas muy próximas al menor, a quienes se reconoce de principio el derecho de visita. Por el contrario, hay otras, menos estrechamente ligadas al menor, a quienes se les reconoce sólo previa demostración de su utilidad.

El contenido de este derecho se bifurca en dos tipos de facultades, unas genéricas y otras específicas, según quien sea el visitante.

6. Derecho de sucesiones

BUFFELAN-LANORE, Yvaine: *L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation*, RTDC, año 65, núm. 3, julio-septiembre 1966; págs. 456 a 480.

Reconociéndose el papel importante que en materia de Derecho sucesorio tiene el principio de la autonomía de la voluntad, imperativos de orden público lo limitan en ocasiones.

Las leyes imperativas, la noción de orden público, el fortalecimiento de las relaciones familiares, son restricciones al principio de autonomía de la voluntad.

Estudia dos tipos de desheredación: la propiamente dicha y aquella otra inserta en el testamento como cláusula penal, por el incumplimiento de alguna obligación impuesta en el mismo.

Cossío, Alfonso: *Para la exégesis del artículo 1.045 del Código civil*, RDP, junio 1966; págs. 545 a 561.

El legislador, al estudiar y resolver los problemas de la inoficiosidad de las donaciones, consagra un sistema, en apariencia distinto que el utilizado en los artículos referentes a lo colación de las donaciones, de donde pudieramos pensar en una verdadera antinomia legal entre el artículo 654 en relación con los 820, 821 y 822 y la norma del 1.045, en cuanto acude allí a una valoración de los bienes en el momento de la apertura de la sucesión, y en el último precepto citado, considera decisiva para la estimación de los bienes colecciónables, la fecha en que tuvo lugar la donación.

RAYMOND, Guy: *L'attribution préférentielle des biens non ruraux en vertu de l'article 832 du Code civil*, RTDC, año 65, núm. 3, julio-septiembre 1966; págs. 427 a 455.

El C. c. francés, recogiendo los criterios de igualdad, hijos de la Revolución francesa, es contrario a la atribución preferente de bienes sucesorios. Prefiere el reparto de éstos. Frente a este criterio ya se alzaron voces autorizadas en el momento de su redacción, comenzando una corriente, hacia finales del siglo pasado, contraria, y culminante en la Ley de 19 de diciembre de 1961, que se comenta en el trabajo,

Esta ley viene a establecer la atribución preferente de locales de uso profesional y de habitación, de la empresa comercial, industrial o artesana.

Más que a intereses económicos, el legislador de 1961 ha pretendido atender a resonancias sociales, paliando en lo posible los inconvenientes de la muerte del cabeza de familia o del jefe de la Empresa, que no debe significar un cambio total para los que estaban en relación de dependencia con él. Quizá es posible que el legislador haya querido poder permitir al cónyuge subsistente mantener el mismo régimen de vida que tuviera en los años de existencia de su difunto esposo.

RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *Sobre el principio de la proximidad de grado en el orden de los colaterales ordinarios en el Código civil panameño y en la legislación comparada*, RDP, abril 1966; págs. 361 a 370.

El artículo 683 del C. c. de Panamá dice así: "No habiendo hermanos ni hijos de hermanos, sucedrán en la herencia del difunto los demás parientes.

La sucesión de éstos se verificará sin distinción de líneas ni preferencias entre ellos por razón de doble vínculo."

Se plantea el problema de si en el Derecho panameño hay base en este precepto para deducir de él que admite un llamamiento a favor de todos los demás parientes sin distinción de grado.

II. DERECHO HIPOTECARIO

CAMY, Buenaventura: *Propiedad horizontal. Situaciones posibles en orden a su inscripción*, RDP, octubre 1966; págs. 861 a 882.

Tras exponer los principios fundamentales relativos a la materia estudiada, en el orden civil general y en el hipotecario, se extraen conclusiones esenciales en orden a la resolución de los problemas que la propiedad horizontal le ha de plantear, considerándolos en su aspecto registral. Se analiza cuándo y cómo se tiene necesidad de abrir nuevo folio registral y cuándo se dan las circunstancias necesarias para que la propiedad horizontal tenga acceso al Registro de la Propiedad.

2. Comerciante y sociedades

OPPO, Giorgio: *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, RDCC, año XII, núm. 2, marzo-abril 1966; págs. 109 a 179.

Con anterioridad a este artículo, el autor, en otro de 1942, sostenía que el acto público y la inscripción en el registro de las empresas no deben considerarse requisitos necesarios para el nacimiento de la sociedad de capitales. Hoy el profesor Oppo vuelve al análisis de la cuestión, manteniendo esencialmente su antigua tesis, no sin considerar las objeciones que el desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial ha ido deparándole.

MIGNOLI, Ariberto: *La partecipazione agli utili spettante agli amministratori*, RDDE, año XII, núm. 2, marzo-abril 1966; págs. 180 a 223.

El contrato entre el administrador y la sociedad oscila en su calificación jurídica entre el mandato oneroso y el contrato de trabajo ordinario, que también se considera oneroso *ad esentiam*.

Interesa fijar, después de haber distinguido ciertos conceptos (*compensi, rimunerazioni, partecipazioni agli utili*), si la participación en los beneficios

es participación en sentido técnico, como puede ser la del accionista, o en sentido atécnico, como la del prestador del trabajo, o si, en fin, se trata de un *tertius genus*, con sus características peculiares. Esta precisión es importante para la fijación del régimen jurídico, no tratándose de mera cuestión terminológica.

La *remuneración* es la correspondencia a un trabajo. ¿Puede ser ésta estipulada *en forma de cuota*? En tal caso, parece asimilarse a una *participación garantizada*, cuya licitud se cuestiona e indaga.

Se estudian supuestos excepcionales de participación: el de cese del administrador en el curso del ejercicio (problemas de cálculo de su correspondiente participación) y el supuesto de fijación del lucro cesante del administrador cuando cesa sin justa causa en su empleo.

4. Obligaciones y contratos

EIZAGUIRRE, J. M.: *La trascendencia de la relación causal en el Derecho cambiario español*, RDP, octubre 1966; págs. 882 a 911.

Estudia los efectos de la entrega de la letra de cambio y la naturaleza de la obligación cambiaria. A este respecto, se analiza el artículo 480 C. de c., dedicando la parte final del trabajo a las pretensiones de enriquecimiento injusto.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general

BOULANGER, Francois: *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, RTDC, año 65, núm. 4, octubre-diciembre 1966; págs. 736 a 754.

El mayor error de la doctrina clásica en materia de carga de la prueba ha sido asignar el artículo 1.315, primitivamente limitado a la prueba del pago de las obligaciones, el valor de respuesta única y uniforme. Conviene, pues, determinar los elementos que cada una de las partes debe aportar para el éxito de su pretensión jurídica. Es en realidad necesario, agrega el autor, que en apoyo de cada alegación sean aportados los elementos favorables para su estimación procesal, sea en materia de contratos, de testamentos, de responsabilidad; al juez le corresponde la tarea de establecer la existencia de los elementos necesarios y los que son objeto de dispensa.

MONTERO PALACIOS, Francisco: *Sobre la incompetencia de la jurisdicción civil en los procesos de nulidad por semejanza de marcas*, RDP, junio 1966, págs. 562 a 573.

Estudia sentencias sobre la materia.

SILVA MELERO, A.: *En torno a las consecuencias civiles del delito*, RDP, diciembre 1966; págs. 1065 a 1072.

Las consecuencias civiles del delito, en nuestro Derecho pueden tramitarse dentro del procedimiento penal. La heterogeneidad de acciones, la penal y la civil, plantea problemas, que se consideran en el trabajo.

3. Procesos especiales

ALONSO OLEA, M.: *El contencioso de la seguridad social*, RDP, noviembre 1966; págs. 975 a 976.

Los pleitos sobre seguridad social quedan sometidos a la jurisdicción de trabajo en el artículo 1.º del Texto refundido de procedimiento laboral de 21 de abril de 1966. En el trabajo se trata de delimitar cuál es la materia de seguridad social atribuida a la jurisdicción de trabajo.

CLAVE DE ABRÉVIATURAS

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministério 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.

CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

- ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Múnich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto 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 Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts. vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Società (Milán).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciel (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Antonio de LEYVA y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

1. *Pueden tener acceso al registro, caso de tener carácter real, los pactos en los que las partes establecen recíprocos derechos de adquisición preferente para el caso de transmisión de parcelas por acto a título oneroso en el que no medie dinero, o por donación, herencia o legado en determinadas circunstancias.*

A) El sistema inmobiliario español está centrado exclusivamente en la inscripción de los títulos que contienen actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, según establece el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, sin que puedan tener acceso todos aquellos otros que presentan una naturaleza personal, por no alcanzar la consideración de gravámenes, y de ahí que, conforme ya declaró la Resolución de 29 de marzo de 1955, será función de los Registradores velar por la eficacia del sistema y evitar que ingresen en los libros registrales derechos, cargas y gravámenes de dudoso carácter real, que permitirían la inscripción de todo tipo de cláusulas y otorgarían amparo frente a tercero a título de deficientes e imperfectos.

B) Al desempeñar los Registradores esta función, tropiezan con graves dificultades prácticas, pues salvo en los casos en que los caracteres típicos del derecho real se presentan con nitidez, no deja de ser frecuente la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional, en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y hay también unas últimas, en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más o menos amplio, como ya previene el artículo 467 del Código Civil respecto del usufructo o el 594 en relación a la servidumbre.

Por todo ello, se debe extremar el cuidado al realizar la calificación, maxime si se tiene en cuenta que, aún con la orientación de "numerus apertus", tradicionalmente seguida por este Centro, y que encuentra su justificación en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, no es dable ampliar el campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos tan fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria.

C) En el caso concreto discutido aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real —similar a otras ya admitidas por nuestra legislación (artículo 16, apartados 8 y 9 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos; artículos 20 y 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículos 3 y 4 de Ley de 15 de julio de 1964, etcétera) y por la jurisprudencia— ya que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido amplía el campo propio de aplicación del tanteo, al extenderlo a los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y que donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto que:

a) Existe convenio en el que se concede al titular la facultad “*erga omnes*” de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito.

b) El precio no queda fijado de antemano, sino que con las garantías necesarias se determinará por terceras personas en el momento de la transmisión, procedimiento similar al regulado en el artículo 1.447 del Código Civil y en el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

c) Se concede un plazo determinado y breve —treinta días— para el ejercicio del derecho computados desde la notificación fehaciente de la transmisión.

d) Este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpétua o indefinida; y

e) Se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho. (Resolución de 20 de septiembre de 1966. “Boletín Oficial del 6 de octubre.”)

2. *Puede practicarse un embargo sobre bienes presuntivamente gananciales, decretado en juicio ejecutivo en virtud de obligaciones asumidas durante el matrimonio por el marido, contra el que se dirigió la demanda, habiéndose notificado, además, a la mujer, la existencia del procedimiento.*

A) Para la resolución del problema planteado es de tener en cuenta que el artículo 1.413-1.º del Código Civil el atribuir al marido la facultad de disponer a título oneroso de los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales con el consentimiento de la mujer no distingue entre enajenaciones voluntarias y forzosas, quizá debido, según admite una corriente doctrinal y expresó también la Resolución de 11 de febrero de 1964, a que una interpretación que lo hiciese permitiría poner en peligro la finalidad legal de protección de los intereses de la mujer dada la facilidad con que podría simularse una obligación que llevase aparejada la ejecución correspondiente y lograr así el esposo por vía indirecta soslayar la limitación que a sus facultades introdujo la reforma de 1958.

B) No obstante la nueva redacción del artículo 1.413 del Código Civil ha dejado inalteradas las facultades que el marido tiene como administrador de la Sociedad legal de gananciales y la reforma no ha derogado el contenido del artículo 1.408 párrafo primero que continúa subsistente y en virtud del cual son de cargo de tal Sociedad —que responderá con todos sus bienes— todas las deudas y obligaciones que el esposo contraiga lícitamente durante el matrimonio. Por ello las limitaciones a los actos de disposición establecidas en el artículo 1.413, 1.^º habrán de ser interpretadas en armonía con estas facultades amplias y generales que tiene el cónyuge administrador, que, de una parte, le autorizan a obligar a título oneroso los bienes comunes sin intervención de la mujer, sin perjuicio del derecho que a esta reconocen los párrafos segundo y tercero del mismo artículo, en los supuestos de grave riesgo o fraude, y de otra, no lo permiten disponer libremente de los inmuebles y establecimientos mercantiles sin el consentimiento de su mujer.

C) Cuando se ordena la práctica de un embargo sobre bienes gananciales como consecuencia de un procedimiento ejecutivo, el fundamento de esta medida cautelar se encuentra en la falta de cumplimiento de una obligación que pudo asumir válidamente el esposo sin necesidad de ninguna intervención de su mujer, obligación que va a dar origen, caso de incumplimiento, a la posible enajenación en virtud de la puesta en marcha de los mecanismos procesales, y que no tiene el carácter de un acto libre y voluntario realizado por el marido como representante de la sociedad legal de gananciales, sino un acto que viene impuesto en forma coactiva por la Ley similar a todo supuesto de transmisión forzosa, en donde, por cierto, el Tribunal Supremo —sentencia de 14 de marzo de 1966— ha declarado al tratarse de una escritura de retracto no ser necesario el consentimiento de la mujer.

D) El reformado artículo 144 del Reglamento Hipotecario únicamente ha pretendido desenvolver el artículo 1.413 del Código Civil y adaptar el régimen hipotecario a la legalidad vigente sin romper la armonía con las disposiciones sustantivas y con todo el sistema procesal civil y dado que la Ley de 24 de abril de 1958 no ha modificado los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que entender que no pretendió alterar en este punto el sistema ni dar una mayor extensión de la señalada en los considerandos anteriores a la reforma del artículo 1.413 del Código Civil pues por la transcendencia que ello implicaba de haberlo pretendido, el legislador lo habría tenido en cuenta y dado una nueva redacción —lo que no ha hecho— a preceptos tan fundamentales como el 1.429, 1.430, 1.440, 1.467 y 1.514 entre otros, de la Ley Procesal que impiden que la mujer pueda ser considerada como parte y permiten que sea despachada la ejecución en base a títulos ejecutivos que el marido pudo suscribir en nombre propio y en el de la sociedad conyugal, en virtud de las facultades que como administrador le confiere el mencionado artículo 1.413 del Código Civil.

E) En consecuencia, lo prescrito en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario habrá de entenderse cumplido —en vista de lo expuesto— y así lo ha entendido en la práctica el buen sentido de Jueces y Registradores— siempre que junto con la demanda al marido se haya pedido la notificación a la mujer, como ha ocurrido en el presente caso, donde, el cumplimiento de lo ordenado por el Auto que admitió la ejecución y de acuerdo con el artículo 1.442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se requirió de pago al deudor, se procedió al embargo y se notificó, además, a la mujer para que enterada pudiera acudir si estimaba hubo fraude de sus derechos a los remedios que ofrece el artículo 1.413-3.^º del Código Civil y de esta manera quedan salvaguardados sus intereses no se menoscaban o entorpecen los derechos de los acreedores y se cumple la finalidad de la reforma puesta de relieve en el preámbulo de la Ley, de conseguir —dentro de la sociedad de gananciales y sin alterar su fundamento ni las normas por las que se rige esencialmente— una mayor protección y garantía para los intereses de la mujer. (Resolución del 9 de diciembre. "Boletín Oficial" del 21 de diciembre.)

NOTA: En el mismo sentido la Resolución de 14 de diciembre de 1966. ("Boletín Oficial" del 10 de enero de 1967.)

3. *Ambito del recurso gubernativo y extensión de la función calificadora del registrador.*

ANTECEDENTES

Solicitado por los interesados que se cancelase la limitación de disponer, impuesta por la testadora sobre las fincas inscritas, por haber cumplido los herederos la edad de cuarenta y cinco años al proceder a ello mediante la nota marginal correspondiente, el funcionario calificador hizo constar en la misma que quedaba extinguida, pero que la cancelación no se extendía "a la situación condicional establecida por la causante" por lo que la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver, si puede, no sólo cancelarse por indebida referencia contenida en la nota sino si cabe también rectificar el asiento que se practicó y aclararlo en el sentido de que no contiene sustitución fideicomisaria alguna. La Dirección General sienta la siguiente doctrina:

A) La petición del recurrente de que se aclare la interpretación de la cláusula testamentaria y se declare sólo hubo una sustitución vulgar, excede del campo del recurso gubernativo en cuanto que en este sólo pueden resolverse las cuestiones que se plantea directamente con la calificación del Registrador cuando suspenda o deniegue los títulos que se presenten a inscripción en el Registro, lo que no sucede en el presente caso, en donde sólo se solicitó que se cancelara una prohibición de disponer —lo que ha tenido lugar—, pero sin que se haya planteado problema alguno respecto a otras posibles limitaciones testamentarias, que, únicamente podría resolverse cuando al disponer alguno de los herederos de los bienes y pre-

sentado el título en el Registro el funcionario en uso de sus facultades calificadoras, rechazara la inscripción del documento.

B) El carácter rogado que tiene la actuación registral se manifiesta no sólo en la voluntariedad de la práctica de los asientos, salvo aquellos supuestos en que se permite la actuación de oficio, sino también en que no podrá extenderse la función calificadora más allá o a otros extremos no solicitados por las partes o interesados en el título que motivó el asiento de presentación, y por eso, en el presente caso, al pedir que se cancelara la prohibición de disponer no procedía en la nota marginal que, para dar cumplimiento a lo solicitado, se extendió, hacer, además, referencia alguna a la existencia o no de una posible sustitución fideicomisaria, pues no es dicha nota el lugar adecuado para hacer constar la interpretación que de otros asientos registrales pueda hacer el funcionario calificador, interpretación que deberá hacerse cuando, presentado un título que se refiera a esta materia, haya que declararse o no sobre su procedencia.

En consecuencia, la Dirección General acordó confirmar parcialmente el auto apelado en cuanto no cabe rectificar los asientos de inscripción extendidos en base a la escritura de participación y revocarlo en cuanto que procede cancelar la referencia contenida en las notas marginales extendidas. (Resolución de 19 de diciembre de 1966. "B. O." de 11 de enero de 1967.)

4. No puede practicarse una anotación de embargo sobre una finca inscrita a nombre de persona distinta del deudor, aún cuando se encuentre planteada una cuestión civil de tercera de dominio si la sentencia dictada no goza de la debida firmeza por estar pendiente de resolverse la apelación interpuesta.

A) Al estar la finca sobre la que se pretende practicar la anotación del embargo, inscrita a nombre de una tercera persona distinta de la del deudor, surge un obstáculo por parte del Registrador, que el funcionario ha de tener en cuenta por entrar dentro de las facultades de calificación de los documentos judiciales con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario y, en consecuencia procedió correctamente al denegar el asiento solicitado, ya que, aún cuando se encuentre planteada una cuestión civil de tercería de dominio la sentencia dictada no goza de la debida firmeza por estar pendiente de resolverse la apelación interpuesta, por lo que de acuerdo con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, hasta tanto no sea firme, no se podrá dar cumplimiento y en su caso proceder a la cancelación de los asientos ordenada.

B) La anotación solicitada no tiene encaje dentro del número 10 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, ya que para ello sería necesario que estuviese reconocida en alguna disposición legal o reglamentaria que concretamente la estableciese, y del texto del mantenimiento presentado se

observa que, en realidad, el fundamento de la misma se encuentra en el artículo 1.923 del Código Civil, es decir, una anotación de embargo, la cual no puede llevarse a efecto en base a lo indicado anteriormente y a lo dispuesto en el artículo 140-1.^o del Reglamento Hipotecario, que expresamente impide pueda tener lugar mientras la finca no aparezca inscrita a nombre del deudor. (Resolución de 20 de diciembre de 1966. "B. O." del 12 de enero de 1967.)

NOTA: En el mismo sentido la Resolución de 22 de diciembre de 1966. ("Boletín Oficial" del 14 de enero de 1967.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS

I. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO

1. **VALORACIÓN DE PRUEBA: ERROR DE DERECHO:** *Hay error de derecho cuando se infringe un precepto relativo a la valoración de una prueba que, al ser apreciada conforme a las normas que la regulan, impondría la certeza de un hecho contrario al afirmado o negado en la sentencia recurrida como fundamental para su fallo.*

RENUNCI A TODA RECLAMACIÓN ULTERIOR: ALCANCE: *La renuncia a toda reclamación posterior hecha por las intervenientes en la escritura de adjudicación no puede cerrar el camino a la acción judicial encaminada precisamente al fiel y exacto cumplimiento de lo convenido.* [S. 30 de mayo de 1966; ha lugar.]

2. **INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CAPTACIÓN DE AGUAS EN SUBSUELO AJENO:** *Procede indemnizar los daños y perjuicios originados al extraer agua en virtud de una intromisión en el subsuelo del terreno ajeno.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *Probada la existencia de una intromisión en el subsuelo del actor, y condenándose por ello al abono de una indemnización, no puede apreciarse por tal causa enriquecimiento injusto en aquél, pues no se enriquece torticeramente el que adquiere una utilidad en virtud de un derecho que se ejercita sin abuso.*

INCONGRUENCIA: *No es incongruente la sentencia que condena a indemnizar daños y perjuicios en cuantía a determinar en trámite de ejecución de sentencia con arreglo a las bases que fija.*

PRUEBA DE PRESUNCIones: *Cuando se pretende hacer valer una presunción, los hechos en que se basa deben probarse, y no aceptándose por el Tribunal a quo, deben traerse a casación al amparo del núm. 7º del artículo 1.692 de L. E. C.* [S. 23 de noviembre de 1966; no ha lugar.]

3. **PRUEBA: ERROR DE DERECHO:** *Al valorar la Ley un determinado medio de prueba, sustrayéndolo a la libre apreciación judicial, tales normas de valor probatorio vinculan al juzgador exactamente igual que cualquier precepto de derecho sustantivo, y su infracción da lugar a error de derecho, debiendo citarse el precepto desconocido por la sentencia y el concepto de la infracción.*

APRECIACIÓN EN CONJUNTO: *Cuando la prueba se aprecie en conjunto, al desaparecer la pluralidad de sus elementos singulares, ya no es posible impugnar éstos, sino sólo lo que les ha sustituido; esto es, los resultados logrados por la apreciación de la prueba en conjunto.* [S. 9 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

4. COSA JUZGADA: IDENTIDAD DE PERSONA: *La mutación de posiciones procesales en ambos juicios no altera la identidad personal, pues lo que importa es que sea la misma la relación jurídica de los que intervienen, sin introducirse ningún elemento ajeno.*

IDENTIDAD DE CAUSA: *Existe cuando en el proceso anterior se alega por vía de reconvenCIÓN la existencia de un contrato disimulado de donación, alegación que fue discutida en el pleito y rechazada en la sentencia, tanto por falta de voluntad de donar como por falta de otros requisitos, mientras que en el actual se solicita la declaración de validez de la misma donación. [S. 29 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

5. NULIDAD DE DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA: EFICACIA "ERGA OMNES" DE LA COSA JUZGADA: CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN PROCESAL: *El párrafo 2.º del artículo 1.252 C. c. obliga al órgano jurisdiccional a vigilar la construcción del proceso y a exigir la presencia en el mismo de los posibles litisconsortes activos o pasivos; la jurisprudencia del T. S., que autoriza a los miembros de una comunidad para ejercitar acciones derivadas de la masa común, siempre que lo hagan en nombre y beneficio de los demás participes, no puede prevalecer, por su carácter genérico, frente a la regla de carácter específico de dicho precepto.*

FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA: ESTIMACIÓN DE OFICIO: *La falta de legitimación pasiva, por afectar al orden público, puede, incluso, ser estimada de oficio, según Ss. 31 marzo 1960, 23 junio 1965, 20 enero y 4 febrero 1966.*

ACTOS CONTRARIOS A LA LEY: NECESIDAD DE DEMANDAR A TODOS LOS INTERESADOS: *Los actos ajenos a la ley son nulos conforme al artículo 4.º C. c., y no se validan por el transcurso del tiempo ni por la voluntad de los particulares, y su ineficacia, dado su carácter radical, absoluto e insubsanable, puede declararse de oficio por los Tribunales; pero existiendo una apariencia externa de virtualidad por constar en instrumento público, deberá llamarse a pleito a quienes puedan resultar afectados por tal pronunciamiento; por ello, la jurisprudencia del T. S. ha exigido dicha llamada al proceso en caso de anulabilidad, rescisión, nulidad absoluta y nulidad por oposición a la ley.*

INCONGRUENCIA: *La congruencia exige que la sentencia se ajuste también a las excepciones opuestas por el demandado. [S. 23 de junio de 1966; no ha lugar.]*

6. CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS: CAPACIDAD DEL PRESIDENTE DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL: IRREGULARIDADES FORMALES: *No puede privarse de efectos jurídicos a la obligación contraída verbalmente por el presidente de la Diputación, a pretexto del incumplimiento de formalidades previas, pues tales actuaciones en aras de la buena fe y de la continuidad sin solución de quienes rigen estos organismos de carácter público producen efectos jurídicos de conformidad con el artículo 48 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.*

NATURALEZA CIVIL: *El contrato celebrado entre el presidente de la Diputación Provincial y una Empresa para la construcción de viviendas de renta limitada, no es un contrato administrativo, pues si bien persigue cooperar a la solución de problemas sociales, se encuentra regulado por una legislación especial protectora del usuario de las viviendas de renta limitada, cuya construcción no es exclusiva ni está encomendada preceptivamente a las Diputaciones, como cumplimiento de un servicio público.*

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CORPORACIONES PÚBLICAS: CARÁCTERES DIFERENCIALES RESPECTO A CONTRATOS CIVILES: *Las Corporaciones de Derecho Público pueden desarrollar una actividad estrictamente administrativa, sometida a la jurisdicción especial contencioso-administrativa, y otra de naturaleza civil sujeta a la jurisdicción ordinaria. La doctrina científica y la jurisprudencia en Ss. 3-I-1962 y 16-III-1963 han estimado como nota diferenciadora de los contratos administrativos el que su objeto sea una obra o servicio público, cuya cualidad no lo da, necesariamente, el hallarse enunciado genéricamente como acto de competencia de la Corporación Administrativa, sino que el servicio público ha de consistir en su proyección directa al interés público en servicio de la colectividad, satisfaciendo una necesidad pública. [S. 26 de febrero de 1966; no ha lugar.]*

7. PRÉSTAMO USURARIO: INTERPRETACIÓN DE ESCRITURA PÚBLICA: *La cláusula de un escritura de préstamo por la que "don F. G. percibe en este acto de don V. F., para la sociedad F...., la cantidad de seis millones cien mil pesetas a su completa satisfacción, de la que el señor G., según interviene, confiere el mds solemne recibo a don V.", contiene una manifestación de voluntad de las partes en punto a la percepción del préstamo, y no contiene verdaderamente una declaración explícita del Notario sobre que a su presencia, y bajo una fe, entregó efectivamente la suma antericha, pues se limita a consignar lo que exponen los contratantes.*

PRUEBA DE LA ENTREGA: USO NOTARIAL: *Las expresiones relativas al pago de cantidad se hacen siempre constar en lugar separado e independiente de las estipulaciones, y, además, la dación de fe de la entrega de cantidad es más especificativa, pues se reseña la clase y número de la moneda o del signo que le representa, con indicación de las cifras que identifican el cheque o mandato de pago de la entidad bancaria pagadora, o de las letras de cambio que se emiten para liquidación de la deuda contraída, y, a mayor abundamiento, se da fe que el "tradens" entrega el dinero o signo equivalente, y que el "acciens" lo recibe en su poder después de contarla o encontrarlo conforme.*

CARGA DE LA PRUEBA: *Corresponde al prestamista la carga de la prueba de la entrega efectiva.*

COSA JUZGADA: SENTENCIA RECAÍDA EN JUICIO EJECUTIVO: *El artículo 1.479 de la L. E. C. niega fuerza de cosa juzgada a las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos, permitiendo a las partes promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión. [S. 27 de octubre de 1966; no o lugar.]*

La prueba aportada para demostrar que se había recibido cantidad inferior a la que se hacia figurar en la escritura, era bastante convincente. El recibo expedido por el corredor que intervino en la operación correspondía exactamente al 3 por 100 de cinco millones de pesetas, siendo dicho porcentaje el habitual en esta clase de operaciones. En autos figuraba también el cheque por importe de cinco millones, que era la cantidad efectivamente entregada según el prestatario.

Acertadamente, consigna la S. que "no todas las expresiones que figuran en las escrituras públicas alcanzan el mismo valor vinculante, pues mientras unas son verdaderamente auténticas en cuanto refieren lo que *de presente* pasa ante el Notario autorizante, las otras carecen de esa fuerza, pues son meramente confesorias, por cuanto por ellas las partes despejan *su pasado* y emiten declaraciones de voluntad respecto a él, o norman lo *futuro*, estableciendo nuevas normas o confirmando las antiguas para regular sus respectivas actividades futuras". Sin embargo, causa alguna perplejidad el alcance dado a la cláusula por la que el Notario expresa que una de las partes *percibe* en el acto determinada cantidad.

8. CONTRATO DE OBRA: VICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN: *El artículo 1.591 C. c. es utilizable tanto cuando los daños ocasionados por vicios ocultos afectan a la totalidad de un edificio, como si se contraen únicamente a sus elementos esenciales.*

CASO FORTUITO: PRUEBA: *Corresponde al constructor la prueba del caso fortuito que alega en su defensa.*

DOCUMENTOS ATÉNTICOS: *No gozan de autenticidad a efectos de probar el error de hecho, las certificaciones de sentencia recaídas en otros pleitos o jurisdicciones ni las expedidas por funcionarios municipales; tampoco las manifestaciones vertidas por los litigantes en sus respectivos escritos, ni los dictámenes periciales.* [S. 7 de junio de 1966; no ha lugar.]

El contrato base del pleito tenía por objeto la obra de aislamiento e impermeabilización de las terrazas de 80 hoteles. Frente a la reclamación de la sociedad ejecutora de los trabajos del precio de los mismos, se hizo valer reconvenCIÓN por vicios en la construcción de las cubiertas. La sentencia de la Audiencia estima, en parte, tanto la demanda como la reconvenCIÓN. El caso fortuito, no estimado como causa de exoneración de responsabilidad, fue la existencia de vientos huracanados de carácter catastrófico. Sobre el concepto de daño que contempla el artículo 1.591 C. c., cfr. GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de los edificios, ex artículo 1.591 del Código civil*, en ADC, 1963, p. 1102 ss.

9. CONTRATO DE TRANSACCIÓN: "RES DUBIA": *Si bien es cierto que en la transacción es de esencia eliminar por reciprocas concesiones la incertidumbre en que las partes se encuentran respecto a la existencia o exigibilidad de un*

determinado derecho en litigio, o pendiente de hallarse en semejante situación, no menos exacto es que la inseguridad propia de dicho negocio jurídico no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional transigida, que necesariamente debe ser cierto, preciso, conocido y determinado, sino el resultado de la decisión jurisprudencial que pudiera poner fin a las diferencias de los contráctantes, lo cual constituye el factor sicológico (timor litis) que les mueve al otorgamiento del contrato.

ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO: ERROR EN LA SUSTANCIA: *El contenido real de la transacción relativa a la acción civil nacida de delito se integra no sólo por el quebranto físico sufrido por el agraviado, sino también por el tiempo invertido en su curación, que es precisamente lo que tipifica el delito y se proyecta sobre la culpa civil; este contrato es anulable cuando el consentimiento se haya otorgado con error sobre la sustancia de la cosa.*

ESCRITO DE RÉPLICA: CONTENIDO: ALEGACIÓN DE NULIDAD: *El escrito de réplica tiene también por finalidad añadir o agregar algún pedimento distinto de los originariamente aducidos en el proceso, puesto que la palabra pretensión utilizada por el artículo 548 L. E. C. equivale al ejercicio del derecho que se creé tener sobre una cosa. Por ello, la jurisprudencia, en evitación de que desaparezca la razón de ser de dicho escrito, autorizó para introducir peticiones uclaratorias o complementarias, siempre que fuesen compatibles y concordantes con las iniciales y no alterasen su esencia, llegando a permitir solicitar la declaración de nulidad de una escritura pública, documento privado o negocio jurídico relacionado con la cuestión controvertida, tanto si ignoraba su existencia al interponer la demanda, como si le era conocida con anterioridad por haber intervenido en su perfeccionamiento, como sucede con el contrato de transacción que puede obstaculizar una reclamación derivada del resarcimiento de daños y perjuicios. [S. 6 noviembre de 1965; no ha lugar.]*

Dada la frecuencia con que en la vida real se presentan supuestos similares al contemplado por la S. extractada, considero que su doctrina ofrece interés práctico. Una vez ocurrido un accidente de tráfico, no pocas veces se intenta obtener la renuncia de los perjudicados a la acción civil, previo abono de cantidades notoriamente inferiores al perjuicio real. Tales renuncias lo son, formalmente, pues, en el fondo, envuelven verdaderas transacciones. Conforme a la doctrina sentada por esta sentencia, cabe impugnar tales transacciones por error en la sustancia. En el presente caso la calificación parece acertada; la perjudicada, a los dos meses del accidente, renuncia a las acciones civiles previo abono de 15.000 pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios; pero en su curación empleó 628 días, quedando con algunas deformidades y con una incapacidad parcial.

Sobre el problema de la *res dubia*, últimamente en nuestra doctrina, GULLÓN BALLESTEROS, *La transacción*, en el *Tratado práctico y crítico de Derecho civil* (Madrid, 1964), p. 8 ss. El mismo autor nos advierte que la estructura y la naturaleza de la transacción exigen gran cuidado al trasplantar la doctrina del error a este campo. En el segundo motivo del recurso se argumenta que lo

que la sentencia de la Audiencia consideraba error, en realidad era la incertidumbre propia del contrato. Es la tesis que en la doctrina italiana sostiene VALESCCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, en el *Trat. Cicu-Messinzo* (Milano, 1954), p. 331. Para CARRESI, *La transazione* (Torino, 1954), p. 201, propiamente el error en la transacción solamente existe cuando se refiere a los hechos o relaciones controvertidas (*error in caput controversum*), mientras que el *error in caput non controversum* debe tratarse más bien como falta de causa o de presuposición. De modo semejante, GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., p. 176.

La entrada en vigor de la Ley del Automóvil no ha hecho variar sustancialmente el problema de la validez de las transacciones sobre la acción civil que adoptan formas de renuncias anticipadas. Recientemente se ha ocupado de algunos aspectos parciales FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La renuncia de las indemnizaciones debidas a los menores e incapacitados*, en el vol. *Estudios de Derecho civil*, en homenaje al profesor Serrano y Serrano, I (Valladolid, 1965), páginas 235 ss.

10. HONORARIOS DE PERITOS EN CAUSA CRIMINAL: JURISDICCIÓN COMPETENTE: *Las costas y gastos que se produzcan dentro del proceso penal son una incidencia del mismo a efectos de la competencia, según el artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Conforme a los artículos 121, 242 y 244 de la misma Ley, los peritos que hayan informado en alguna causa criminal, a instancia de cualquiera de las partes, si las costas se declaran de oficio, podrán reclamar sus honorarios ante el Juez o Tribunal que conociere de la causa, dado que tales derechos tienen su origen en la propia L. E. C; y no en relaciones de carácter privado y naturaleza civil concertadas directamente entre partes.* [S. 17 de mayo de 1966; no a lugar.]

11. ARBITRAJE DE EQUIDAD: FORMA DEL FALLO: *El procedimiento en caso de equidad no tendrá que someterse a formas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo, según el artículo 29 de la Ley de 22 diciembre de 1953; tal ausencia de forma excluye la necesidad de razonamientos y motivaciones, bastando la manifestación de voluntad decisoria emitida por el árbitro ante Notario.*

EXTRALIMITACIÓN DEL ÁRBITRO: *No existe cuando lo decidido por el árbitro guarda una plena y perfecta adecuación y congruencia con los puntos que las partes sometieron a su decisión.* [S. 13 de octubre de 1966; no ha lugar.]

12. ARBITRAJE DE DERECHO: INCONGRUENCIA: *No hay incongruencia cuando el laudo comienza por condenar el pago de la cantidad resultante de liquidar el contrato suscrito entre las partes, tema de naturaleza económica que fue el esencial atribuido a la decisión arbitral, y sólo tras esta fijación primordial es cuando absuelve de todas las reclamaciones o temas aislados que se plantearon.*

RECURSO CONTRA LOS CONSIDERANDOS: *No son susceptibles de casación las frases aisladas de los considerandos del laudo, sino su parte dispositiva, o aquellos fundamentos de los que deriva la parte dispositiva.*

INNECESARIEDAD DEL DEPÓSITO PARA RECURRIR: *Al no existir dos sentencias conformes en estos procedimientos no se exige la constitución de depósito.* [S. 8 de octubre de 1966; no ha lugar.]

No es posible enjuiciar un laudo arbitral —incluso en arbitraje de Derecho— con la misma rigurosidad que una sentencia de un Tribunal, por lo que hace a su aspecto formal. Literalmente había incongruencia, pues se condena al abono de una suma por liquidación de un contrato y a continuación absuelve expresamente de *todas* las reciprocas reclamaciones que se formularon las partes en la escritura de compromiso. Con buen criterio, el T. S. hace notar “el peculiar estilo que la naturaleza de este proceso justifica”, y examinando el fondo demuestra que no existe tal incongruencia.

13. CULPA EXTRACONTRACTUAL: LA RESPONSABILIDAD DIRECTA ES CONDICIÓN DE LA SUBSIDIARIA Y DE LA DEL ASEGURADOR: *La declaración de culpabilidad del causante directo del accidente es condición necesaria para declarar la responsabilidad subsidiaria del dueño del vehículo y de la Compañía de Seguros.* [S. 23 de febrero de 1966; ha lugar.]

La acción se ejerce por los herederos de una persona fallecida en accidente de automóvil contra los herederos del conductor —igualmente fallecido en el accidente—, contra el propietario del vehículo y contra la Compañía de Seguros. En primera instancia se condenó con carácter principal a los herederos del conductor, y con carácter subsidiario al dueño del vehículo y a la Compañía. Pero, interpuesto recurso de apelación, la Audiencia absuelve a los dos primeros y condena única y exclusivamente a la Compañía, que recurre en casación. Es de observar que los herederos del conductor se aquietaron y respecto de ellos debió quedar firme la sentencia de primera instancia. El T. S., después de sentar la doctrina extractada, confirma la sentencia dictada por el Juez, por lo cual la situación económica de la Compañía recurrente viene a quedar inmodificada, pese a la estimación del recurso, que por ello puede calificarse de “en interés de la ley”. Es de notar que los hechos ocurren antes de entrar en vigor la nueva Ley del Automóvil; ahora, de conformidad con el artículo 42 de la misma, el perjudicado tiene acción directa contra el asegurador hasta el límite del seguro obligatorio que sigue la pauta del juicio ejecutivo, y del que la práctica parece hacer escaso uso.

14. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS: CONDENA PENAL: PRODUCCIÓN DE NUEVOS DAÑOS: *Ha lugar a estimar la acción civil en reclamación de daños y perjuicios sufridos al prolongarse una retención indebida de varios pisos por el administrador de los mismos, sin que obste la sentencia penal por apropiación indebida, que también condena a indemnizar los daños y perjuicios, pues se trata de nuevos daños no contemplados por dicha sentencia.* [S. 13 de mayo de 1966; ha lugar.]

15. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR QUERELLA CRIMINAL DESESTIMADA: *No da lugar, sin más, a indemnización de daños y perjuicios, la querella por estafa que motiva la libre absolución del querellado.*

DOLO CIVIL: COMPATIBILIDAD CON LA ABSOLUCIÓN PENAL: *La absolución en un proceso criminal por estafa no es incompatible con la existencia del dolo civil en el querellado, dado que la sentencia penal no es vinculante en el orden civil.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *La alegación de contradicción en las decisiones del fallo de instancia requiere para su viabilidad la precisa invocación de la infracción del artículo 359 L. E. C.; la sentencia que acoge una de las peticiones del suplico y desestima todas las demás no puede decirse que deja sin resolver ninguna de las cuestiones propuestas para su decisión; no pueden acumularse en el mismo motivo los conceptos de violación y de interpretación errónea. [S. 11 de marzo de 1966; no ha lugar.]*

16. INCONGRUENCIA: *La única cuestión debatida en el proceso fue la de si a la parte demandada le pertenecen, o no, determinados aprovechamientos de aguas; como en la demanda se insta la declaración de existencia de dichos derechos, al sostener su procedencia la parte demandada no tenía que formular excepción ni reconvenCIÓN expresa, y como la Sala no observa la doctrina expuesta, dado que no se pronuncia sobre las alegaciones del demandado por falta de petición expresa, a pesar de lo cual le niega el derecho que reclama, ha incidido en el vicio de incongruencia. [S. 30 de septiembre de 1966; ha lugar.]*

17. EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS: *Como excepción al principio de que sólo son ejecutables las sentencias firmes, el artículo 1.786 L. E. C. faculta a las Audiencias para decretar la ejecución de sus fallos, aunque contra los mismos se haya interpuesto y admitido recurso de casación; ejecución provisional, o, más propiamente, condicional, en cuanto que su subsistencia se supedita a la suerte que corra la sentencia recurrida, pues si se da lugar a la casación, se produce la anulación del fallo actuado, que a todos los efectos deviene inexistente, restituyéndose las cosas al mismo ser y estado en que se encontraban con anterioridad, de modo que cualquiera que puedan ser las coincidencias existentes entre sentencia casada y la que dicta en su sustitución el Tribunal de casación, es esta última la única que debe ser ejecutada.*

RECURSO DE CASACIÓN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *El recurso establecido al amparo del artículo 1.695 L. E. C. por infracción de ley sólo entra en juego cuando se resuelven puntos sustanciales no debatidos en el pleito, ni decidido en la sentencia, o cuando se provea en contradicción con lo ejecutoriado: supuestos que sólo pueden darse con ocasión de la ejecución del fallo firme, la cual corresponde al órgano jurisdiccional que dictó la sentencia en primera instancia.*

En un juicio sobre deslinde y otros extremos se había solicitado la ejecución provisional del fallo de la Audiencia; casada la sentencia, el recurrente victorioso solicita de la Audiencia que deje sin efecto la ejecución provisional; ante la negativa y la denegación de la súplica, recurre en casación con apoyo en el 1.695. El T. S. constata que la Sala de instancia ha infringido la doc-

trina sobre la ejecución provisional, pero como el recurrente no ha utilizado la vía procesal adecuada, desestima el recurso. El caso, sin duda, no deja de suscitar dificultades. La ejecución del fallo firme compete al Juzgado de 1.ª Instancia, y se dará lugar a dos resoluciones contradictorias por parte de dos órganos jurisdiccionales de distinto grado sobre el mismo asunto. Si se insta la ejecución ante el Juzgado y se acuerda conforme a la sentencia firme, no habrá motivo para recurrir; si la Audiencia mantiene su negativa a modificar la ejecución provisional, ¿cómo podrá llegar la cuestión al T. S.?

18. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: PERSONALIDAD DE LA JUNTA LIQUIDADORA DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS: *La personalidad de la Junta Liquidadora de los bienes del suspenso no puede confundirse ni identificarse con la de cada uno de los que la integran o integraron.*

EMBARGO DE BIENES DE TERCEROS: TERCERÍA DE DOMINIO: *La posibilidad de que en trámite de ejecución de sentencia se proceda contra bienes que ya no pertenecen a quien fue condenado en aquélla, por haberlos adquirido un tercero, con posterioridad a la iniciación del pleito, por actos propios de quien fue demandado en él, obliga a arbitrar un medio procesal para que los terceros perjudicados puedan hacer valer sus derechos; tal medio no es el de personarse en la ejecución como si hubiera sido "ab initio" parte en la "litis", sino interponiendo una tercera con base en el artículo 1.543 L. E. C. [S. 5 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

Recurso que no prospera por inidoneidad del cauce procesal utilizado, en el que, siguiendo una orientación "adoctrinadora", el T. S. señala el camino a seguir. Los hechos fundamentales son siguientes: 1.º) La demanda inicial se promueve por un acreedor en reclamación de un crédito que le había sido denegado en una suspensión de pagos, dirigiéndose contra el suspenso y la Comisión Liquidadora; 2.º) La sentencia condenó al comerciante demandado y a dicha Comisión a que reconocieran el crédito y a que fuera abonado con cargo a los bienes del suspenso cuya disposición tenía la referida Comisión; 3.º) Firme dicha sentencia, en trámite de ejecución se embargan determinados bienes que habían sido adjudicados a algunos acreedores por escritura pública, otorgada en su favor e inscrita en el Registro; 4.º) Los adjudicatarios interponen recurso de casación al amparo del artículo 1.695 L. E. C., que es desestimado por ser inadecuado.

19. OBJETO: TAXATIVIDAD DE MÓTIVOS: *Su objeto lo constituye la eliminación de una sentencia firme y su sustitución por otra que se estima más ajustada a derecho; y como ello constituye un atentado contra la finalidad del proceso, se reglamenta con gran rigurosidad, no bastando un simple interés, sino que hace falta un motivo legal de los que el derecho positivo señala como causas justificativas de tal revisión.*

DOCUMENTO EXPEDIDO DESPUÉS DE SENTENCIA FIRME: *El documento expedido después de sentencia firme no puede sostenerse que existía antes, ni que fue*

recuperado ahora; tampoco que estuvo detenido por fuerza mayor o por obra de la parte; al obrar en el correspondiente archivo pudo ser solicitado y obtenido en la época en que se tramitaba el anterior juicio, y los datos que corroboran no son novedades de existencia o "nova facta", ni novedades de conocimiento o "nova reporta". [S. 10 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

En el penúltimo considerando, la S. hace un resumen de la doctrina legal a propósito del recurso de revisión para "doctrinamiento" de los recurrentes: "Ya esta Sala tuvo que salir al paso de las argucias de los titigantes que pretendían desvirtuar la naturaleza de este excepcional recurso, y hubo de proclamar: a) que el principio casi absoluto de irrevocabilidad del fallo que tenga carácter de firme sólo cede ante la justificación cumplida de darse alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.796 L. E. C.—Ss. 19 enero 1925, 18 marzo 1948, 3 mayo 1961 y 25 octubre 1962—, supuestos que no pueden extenderse a casos y circunstancias que no sean los taxativamente determinados en aquel precepto —Ss. 17 mayo 1898 y 23 octubre 1953—; b) que ese remedio excepcional que permite la rescisión de sentencias firmes "no es medio que autorice a los litigantes a proponer un nuevo examen de cuestiones o extremos que tuvieron su lugar adecuado en el pleito anterior" —Ss. 12 abril 1946 y 11 marzo 1953—; c) que si los documentos son de fecha posterior a la sentencia que se quiere revisar, ya que no se puede alegar que no han podido ser recobrados por que no existieron antes ni durante la tramitación del juicio, y, por tanto, que tampoco han estado detenidos por fuerza mayor ni por obra de la parte demandada—Ss. 27 enero 1928 y 3 julio 1944—, y d) que si los datos obraban en el respectivo archivo, y su hallazgo se debe a eficaces gestiones practicadas por la parte hoy actora, es evidente que si hubiera empleado esa misma diligencia, se habría obtenido ese mismo resultado, por lo que no se puede decir que estaban detenidos por fuerza mayor o por obra del organismo demandado —S. 7 julio 1886". Sin duda es evidente que el recurso de revisión no debe convertirse en una nueva instancia ni en un medio de reparar omisiones en la fase probatoria únicamente imputables a la parte. De *lege ferenda* acaso deba estudiarse la necesidad de un nuevo planteamiento de las causas de revisión del artículo 1.796 L. E. C. con criterio más moderno y menos restrictivo.

II. Colaboración de Julio GARRIDO AMADO

1. CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: REQUISITOS: Los requisitos que debe reunir, para su eficacia, la denuncia del error de hecho cometido en la apreciación de la prueba, que se acuse por la vía del número 7.^o del artículo 1.612 L. E. C., y cuya observancia rigurosamente se impone, pues en otro caso el recurso extraordinario de casación se convertiría en una tercera instancia, contraviniendo así su naturaleza, son los siguientes:

1.^o Que mediante la misma (la denuncia) se ataque la apreciación de la prueba en cuanto a la realidad, inexistencia o circunstancias de hecho determinado y trascendente al fallo del pleito.

2.º Que la impugnación se efectúe, exclusivamente, señalando documentos auténticos obrantes en el pleito, o actos de la misma índole, justificados en él y por si solos y con fuerza legal suficiente para ello, acrediten lo contrario a lo que estimó al respecto el Tribunal de Instancia.

3.º Que esa demostración del error padecido se muestre como "evidente", y esta evidencia se imponga objetivamente, por su misma claridad, no pudiendo quedar encomendada al simple y subjetivo criterio de quien la invoque.

4.º Que, en consecuencia, si la Sala sentenciadora ha valorado el documento o acto, señalado como auténtico, será preciso impugnar este juicio de valoración, como cuestión jurídica, por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal; salvo que el recurrente estime que el documento en cuestión tiene, por imperativo legal, predominante valor probatorio respecto a los otros medios empleados al efecto, sin que así se haya reconocido por el Tribunal de Instancia; pero, en este caso, el supuesto error, al no ser de "hecho", sino de "derecho", requerirá que como tal se denuncie, y concretamente se señale cuál sea el precepto legal que le confiere carácter excluyente o predominante frente a las otras probanzas obrantes en el pleito.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: NO CABE ALEGAR EL ARTÍCULO 1.902 C. C.: *El artículo 1.902 C. c. consagra el principio de responsabilidad aquiliana, que tiene carácter eminentemente extracontractual; de estar las partes ligadas por un contrato, es éste, con su fuerza obligatoria, el que debe regir su cumplimiento, tanto voluntario como forzoso; por ello, si se reclama en un pleito el cumplimiento de lo convenido ni cabe basar la demanda en el artículo 1.902 C. c., ni citar con éxito en casación para impugnar lo resuelto en la instancia, un precepto de tan evidente inaplicación.*

PRINCIPIO DE DERECHO NO AVALADO O JUSTIFICADO: *Por lo que respecta al principio de derecho de que "nadie puede beneficiarse de su propia torpeza", cuya inaplicación se denuncia, al no venir avalado por cita alguna de sentencias de esta Sala que lo reconozcan y consagren, como es obligado, no procede su examen. [S. 26 de abril de 1966; no ha lugar.]*

"Lo que el recurrente pretende —expresa el T. S.— es que el contenido del acta notarial tenga relevancia exclusiva frente a los otros medios probatorios y tal cuestión ni siquiera puede examinarse al estudiar este motivo, pues para ello se requerirá su formulación como error de "derecho" — y no de "hecho" —, cometido en la apreciación de la prueba, con cita del precepto legal infringido al hacer su valoración".

Nota: Quizá el recurrente se refería a la regla "non auditus propriam allegans turpitudinem" ("el que alega su propia torpeza no debe ser oido"), aludido en la S. 29 de marzo de 1873, según MANS PUIGARNAU, JAIME, "Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos Jurídicos", Bosch, 1947, p. 471.

2. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: SIGNIFICADO: *El principio según el cual "nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro", está recogido por copiosa jurisprudencia que lo invocó para atender a múltiples situaciones en que la equidad*

exigía su aplicación, y dicha máxima, además, tiene en nuestro ordenamiento jurídico no sólo la justificación de un principio general de derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario, sino muy acusadamente la de una institución jurídica recogida en una serie abundante de preceptos legales, siquiera sea en forma inconexa, "sin verdadera y propia sistematización generalizadora, siendo indudable que "en todo caso no basta invocar el principio de que se trata de modo de una regla general y abstracta, sino que es preciso demostrar y justificar en cada caso la procedencia concreta de la acción de enriquecimiento, en relación con las particularidades que presente el respectivo desplazamiento patrimonial, y con los elementos y requisitos que ha de reunir la noción del enriquecimiento sin causa para ser un saludable postulado de equidad y justicia y no un motivo de grave perturbación y trastorno en la seguridad de las relaciones jurídicas.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: REQUISITOS: La "doctrina" científica exige como presupuestos o requisitos para que pueda ejercitarse la pretensión por enriquecimiento:

1.º *Un enriquecimiento por parte del demandado, representado por la obtención de una ventaja patrimonial, que puede producirse por un aumento del patrimonio (lucrum emergens) o por una no disminución del patrimonio (damnum cessans).*

2.º *Un empoblecimiento por parte del actor, representado a su vez por un daño, que puede constituir "damnum emergens" (daño positivo) y "lucrum cessans" (lucro frustrado), del que haya sido consecuencia el enriquecimiento del demandado.*

3.º *Falta de causa que justifique el enriquecimiento.*

4.º *Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de un enriquecimiento sin causa.*

Exigiendo también la jurisprudencia, para aplicar las normas de equidad y de derecho que informan la prohibición de enriquecerse a costa de otro, como requisitos esenciales, la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse tanto por un aumento del patrimonio ("lucrum emergens") como por una no disminución del mismo ("damnum cessans"), un correlativo empobrecimiento del actor, consecuencia de la ventaja obtenida por el demandado, existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, y una falta de causa o justificación, lo que es compatible con la buena fe, no enriqueciéndose torticeramente el que adquiere una utilidad en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado, o en virtud de un legítimo derecho que se ejerce sin abuso, o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en derecho, no siendo posible sostener, cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos, que pueden lesionar la equidad, que los beneficiados indirectamente por ellas se enriquezcan injustamente. [S. 23 de marzo de 1966; ha lugar.]

NOTA: Don Fernando D. P. (demandado), empresario dedicado al negocio de la construcción de obras, generalmente oficiales, obtuvo la adjudicación de

la construcción de un grupo de viviendas de la Obra Sindical del Hogar y Arquitectura.

Don Fernando D. P. subcontrató con los demandantes y recurrentes la totalidad de la obra de carpintería y fontanería del citado grupo de viviendas. Publicado el Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, sobre revisión de precios, don Fernando D. P. solicitó dicha revisión en relación con la obra adjudicada de construcción del referido grupo de viviendas, que fue aprobado, por lo que fueron satisfechas a dicho señor las cantidades correspondientes.

Los subcontratistas (demandantes) solicitaron del Juzgado la declaración de su derecho a la revisión de precios aprobada en favor del demandado, y de que existía a costa de ellos, un enriquecimiento sin causa por parte del demandado, con la súplica consiguiente de que se condenase a don Fernando D. P. al pago del importe que les correspondiera en la revisión de los precios relativos a la carpintería, fontanería y mano de obra para su instalación.

El Juzgado de Primera Instancia número 1, de Valencia, estimó la demanda, con costas, que, sin embargo, fue íntegramente revocada por la Audiencia Territorial de Valencia, que absolvió a don Fernando D. P. de la demanda.

Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo declaró que procede la estimación del motivo alegado por el recurrente, al amparo del número 1 del artículo 1.692, "por violación en la sentencia recurrida y no aplicación de la doctrina sobre enriquecimiento injusto".

El Tribunal Supremo fundamenta su declaración de haber lugar al recurso, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, salvo en el extremo de las costas, y la justifica en el considerando (3.º) que reproducimos a continuación, dado su interés, ya que en él aparece claramente cómo el Tribunal Supremo aplica la doctrina antes establecida sobre enriquecimiento injusto a una situación que plantea frecuentes problemas en la práctica:

"CONSIDERANDO que la doctrina legal expuesta es plenamente aplicable al caso de autos..., porque, habiendo obtenido el demandado adjudicario de la construcción del grupo de viviendas "S. P.", la revisión de precios al amparo del Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, y cobrando su total importe, cuando había subcontratado con los actores —hoy recurrentes— la realización material de los trabajos de carpintería, fontanería y mano de obra para su instalación en el repetido grupo de viviendas, la repercusión en los costos de los aumentos ocasionados en la mano de obra y en los materiales de construcción de 1956 por las excepcionales circunstancias que obligaron a la revisión, recayeron en estos trabajos directa y exclusivamente en ellos, originando para éstos el alza de precios producida, las naturales pérdidas, que fueron las que el legislador pretendió compensar, lo que se traduce en una notable ventaja patrimonial para el recurrido frente al claro empobrecimiento de los recurrentes, sin que exista causa alguna que justifique el enriquecimiento del contratista ni haya precepto legal alguno que excluya en este caso la aplicación de tal principio; que son las propias razones de interés social las que lo imponen, aunadas con las de equidad a las que se refiere la exposición de motivos del Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, debiendo ser partícipes del beneficio todos cuantos soportaron las circunstancias más onerosas que sirvieron de fundamento a la revisión de precios alcanzada por el recurrido frente a la Administración."

3. RECURSO DE CASACIÓN: APRECIACIÓN DE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE CONTRATO: *Por corresponder privadamente a los Tribunales de instancia la apreciación de la existencia o inexistencia de un contrato (como efecto del juicio que formen respecto de si, en lo sometido a su decisión, concurren o no los esenciales requisitos del artículo 1.261 C. c., cuya conclusión ha de derivar de las circunstancias de hecho que en cada caso se produzcan), no puede combatirse en casación sino por la vía formal del número 7 del ar-*

tículo 1.692 L. E. C., la afirmación del Tribunal “a quo” de que “falta el consentimiento”, pues es necesario demostrar que, al hacerlo, se incurrió en error de hecho o de derecho, por ser distinta la realidad fáctica. [S. 20 de octubre de 1966; no ha lugar.]

4. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *Es función propia del Tribunal de instancia fijar el sentido y alcance de las manifestaciones de voluntad contenidas en los contratos, apreciación que sólo puede ser combatida cuando patentemente haya incurrido en la infracción de las normas sustantivas que establecen los artículos 1.281 y ss. C. c.*

NOVACIÓN: *La novación supone el cambio de una relación obligatoria por otra, con ánimo de extinguir o modificar la anterior de modo esencial, creándose esta última dispar de la anterior, con “animus novandi”* (1).

APRECIACIÓN DE LA EXISTENCIA DE HECHOS DETERMINANTES DE LA NOVACIÓN: *La afirmación de la existencia de hechos determinantes de la novación, es facultad propia y peculiar del Tribunal sentenciador, a cuyo criterio hay que estar, en tanto no sean éstos adecuadamente combatidos.*

OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE DINERO O DE COSA DETERMINADA: MODALIDAD DE PAGO: *El contrato en el que se estableció que el acreedor se haría pago de su crédito a través de los productos de una explotación forestal, supone únicamente una forma de pago de las obligaciones derivadas de un contrato de compraventa y de otro de ejecución de obras, por la cual, si dicho pago no puede efectuarse en la forma convenida posteriormente a aquéllos, el acreedor está facultado para ejercitar las acciones conducentes a lograr el cobro de su crédito, ya que la deuda reconocida en dicho documento es de dinero y no de cosa genérica y específicamente determinada y, sólo con modalidad para su pago, en interés del deudor, se otorgó a éste la facultad de satisfacerla mediante la aplicación al mismo del importe de las ventas de maderas.* [S. 17 de junio de 1966; no ha lugar.]

5. OBLIGACIÓN A TÉRMINO: *Siempre ha de pactarse la modalidad de la obligación a término de un modo expreso, por ser necesario que conste con claridad la voluntad de las partes sobre ello, aunque la fijación del plazo puede ser tácita, cual revela el artículo 1.128 C. c.* (2).

(1) Se citan las sentencias de 1 de diciembre de 1951, 9 de abril de 1957 y 20 de enero de 1961, que resuelven supuestos de novación extintiva de obligaciones.

(2) Demasiado estricta parece esta doctrina interpretativa del artículo 1.128 C. c. («si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujera que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél»), ya que este precepto, al permitir al juzgador «deducir» que dicho plazo «ha querido concederse al deudor» en base a la «naturaleza y circunstancias de la obligación, autoriza claramente la posibilidad de reconocer un pacto tácito estableciendo la modalidad a plazo en una obligación, y no sólo la determinación de cuál haya de ser el plazo en que ésta debe cumplirse.

PLAZO EN BENEFICIO DE ACREDITOR Y DEUDOR: *En las obligaciones a plazo, caracterizadas por pactar los contratantes que su cumplimiento será exigible en una fecha cierta, en principio se presume que el término se establece en beneficio de acreedor y de deudor, a no resultar otra cosa del tenor o circunstancia de la obligación, según establece el artículo 1.127 del C. c., que ha modificado el sistema romano, que lo reconocía tan sólo en utilidad o provecho del deudor, por lo que para la no aplicación de dicha presunción es necesario que se acredite y justifique lo contrario de la misma, ya que es sólo "turis tantum".*

PLAZO TRANSCURRIDO HASTA LA DEMANDA: *Ante la indeterminación del plazo, si no se justifica que la voluntad del acreedor fue conceder al deudor uno mayor que en el transcurrido al formular la demanda, el citado artículo 1.128 C. c. no es aplicable (3).*

CONTRATO DE PRÉSTAMO: EXISTENCIA NECESARIA DE PLAZO: *El plazo siempre existe en el contrato de préstamo, puesto que el deudor ha de disponer de un término más o menos largo para la devolución de lo que recibió.*

APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *No cabe combatir en casación la eficacia de una prueba determinada, cuando se aprecia en combinación con otras por el Tribunal sentenciador. [S. 14 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

6. CONSIGNACIÓN: DECLARACIÓN DE EFICACIA Y PROCEDENCIA NO LIBERATORIA DE DEUDA: *La resolución criticada no hace declaración liberatoria de clase alguna respecto de la deuda existente entre quienes contienden; sino simplemente se limita a pronunciarse (congruentemente con la discrepante petición de las partes) acerca de la eficacia o ineficacia, procedencia o improcedencia de la consignación llevada a cabo por los demandantes, hoy recurridos; nuda declaración de eficacia y procedencia para la que no es obstáculo el haberse retirado la cantidad consignada, al haberse declarado contencioso el expediente, pues aquélla no tiene más trascendencia ni amplitud que la de reputarla idónea, "válida y con poder suficiente, al verificarla" para conducir al fin que pretendía, y no tachada del vicio de insuficiente (opuesto por los actores) que hubiera —caso de ser cierto— justificado la sanción de ineficaz que postularon.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La interpretación del Tribunal de Instancia, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, ha de respetarse y mantenerse en casación a menos que fuese notoriamente desacertada o infringiese las normas legales de hermenéutica contractual.*

ACTOS PROPIOS: CARACTERÍSTICAS: *El principio de derecho de "no ser lícito ir válidamente contra los propios actos" exige que dentro de la extensa gama de actos, acuerdos y constitutivos de una conducta o contradictorios de ella,*

(3) En el mismo sentido, S. de 5 de mayo de 1900 y 1 de julio de 1909 (Vid. Rodríguez Navarro «Doctrina Civil», III, art. 1.128).

que pueden ser valorados, sólo tienen la categoría de propios, contra los que no puede irse, "los trascendentales, de los que no cabe regresar contradiciéndose" por vincular a quien los realiza a un estado o situación jurídica que por su proyección más allá del ámbito unilateral es inalterable y de imposible rectificación. [S. 11 de octubre de 1966; no ha lugar.]

7. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBROGACIÓN: *En su significado gramatical, subrogar equivale a sustituir, y es, por tanto, poner una cosa o una persona en el lugar ocupado por otra; y en su acepción jurídica, concordante con el anterior concepto, es poner una cosa o una persona en la situación jurídica que otra ocupaba; y así, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.212 C. c., la subrogación implica un mero cambio en la persona del acreedor, permaneciendo idéntica la obligación, en cuya virtud, en la subrogación legal a que se refiere el artículo 58 L. A. U., el subrogado pasa a ocupar frente al arrendador la posición del arrendatario con los mismos derechos y obligaciones que éste.*

LA SUBROGACIÓN NO INTERRUMPE LOS PLAZOS DE CADUCIDAD: *La subrogación no tiene virtualidad para ampliar los plazos de caducidad para el ejercicio de derechos y acciones que estuviesen transcurriendo al producirse la subrogación, pues en caso contrario se modificaria la misma naturaleza jurídica y la propia naturaleza de la institución, razón por la cual hay que desestimar el motivo que viene a defender, en sustancia, la tesis de que por el fallecimiento del arrendatario se debió suspender el plazo de caducidad (4) señalado por la ley para el ejercicio del derecho de tanteo, durante el plazo de 90 días que el artículo 58-3 L. A. U. concede a los interesados para notificar la subrogación al arrendador, confundiendo esta obligación de notificar con los efectos de la subrogación, que opera desde el mismo momento del fallecimiento del arrendatario por disposición del propio precepto legal.*

FINALIDAD DEL TANTEO Y RETRACTO ARRENDATICIOS: *La finalidad del tanteo y del retracto arrendaticio es facilitar el acceso a la propiedad de la sede del hogar familiar o del negocio que constituye su patrimonio, cumpliendo con ello una misión social de gran trascendencia, pero quien pretenda aprovecharse de este privilegio ha de atenerse escrupulosamente a las normas que lo regulan y condiciones, demostrando, por su parte, el interés que le merece. [S. 27 de junio de 1966; no ha lugar.]*

8. CONTRATO DE BÚSQUEDA DE AGUA: *El concepto de "búsqueda de agua" que emplea el contrato, presupone pluralidad de acciones hasta lograr el fin propuesto. [S. 11 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

9. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: HA DE SER AUTÓNOMO: *El error de hecho (cual con insistencia reiterativa tiene declarado esta Sala) ha de consistir en que el Juzgador "a quo" afirme la existencia de uno elemental de la prueba que sea base de la sentencia, y que por un*

(4) Artículo 47, número 1 L. A. U.: 60 días naturales.

documento o acto auténtico que obre en los autos se demuestre evidentemente la equivocación en ella padecida, siendo indispensable para su apreciación que el documento en que se apoya sea autónomo; esto es, que haga prueba por si sólo, carácter del que carecen los documentos básicos de la reclamación, puesto que al convertirse en tema polémico, recusándose su contenido, pierden de su autenticidad el fondo (5).

APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *Cuando se aprecia la prueba en conjunto, no puede impugnarse tal apreciación atacando a un elemento aislado de la misma.* [S. 11 de marzo de 1966; no ha lugar.]

10. **CUESTIÓN DE COMPETENCIA:** **SUMISIÓN EXPRESA:** **DESIGNACIÓN PRECISA DEL JUZGADOR:** *Para que exista la sumisión expresa de las partes, determinante de la competencia (art. 57 L. E. C.) no basta solamente con que conste la renuncia clara y terminante del fuero propio del litigante que la hace, sino que, además, es preciso designar con toda precisión al Juez a quien se somete, circunstancia que no concurre en el presente caso, puesto que la sumisión se hace de un modo genérico determinado "a los Tribunales de Justicia de la provincia de Barcelona".* [S. 9 de marzo de 1966.]

III. Colaboración de Antonio Manuel MORALES MORENO

1. **PRUEBA:** *En el ámbito del recurso de casación no cabe, al amparo del número siete del artículo 1.692 L. E. C., error de hecho, con base en la "prueba pericial y en la de reconocimiento judicial".*

El recurrente entra en el examen de esas pruebas con el designio de completar la documental, haciendo uso de atribuciones que sólo al Tribunal de instancia competen.

SIGNIFICADO JURÍDICO DE ERROR DE DERECHO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *No cabe confundir el error de derecho, que supone un defecto en la valoración de la prueba, con una cuestión interpretativa referente al racional contenido de un contrato o de un negocio jurídico.*

PRUEBA DE CONFESIÓN JUDICIAL: *Se exige que la confesión sea implícita y absoluta, recayente sobre hechos personales del confesante y prestada en el mismo pleito y no en otro anterior. El último requisito se exige también en sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1957.*

REQUISITOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA: *Justificación del dominio, identidad de objeto, detención del mismo por el demandado. Los aprecia el juzgador de instancia.*

El título de dominio no debe entenderse como presentación de título escrito,

(5) Esta doctrina es muy similar a la establecida por la S. 15 de marzo de 1949.

sino como presentación de una justificación dominical. [S. 17 de noviembre de 1966; no ha lugar.]

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: JUSTIFICACIÓN DE SUS REQUISITOS COMO CUESTIÓN DE HECHO: *Es cuestión de hecho en la acción reivindicatoria, y, por tanto, de exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, si se han justificado o no, los requisitos necesarios para que prospere dicha acción, a saber: dominio, identidad del objeto de detención por el demandado.*

Contra la apreciación de la Sala sentenciadora no existe otra vía que la ofrecida por el cauce procesal del artículo 1.692 L. E. C., número siete. Sólo es admisible la vía del número primero de dicho artículo 1.692, cuando el problema consista en el concepto mismo del título de dominio o de la identificación, y estando las partes de acuerdo en los derechos se infrinja alguna de las normas legales de hermenéutica.

TÍTULO DE REIVINDICACIÓN: MOMENTO AL QUE SE REFIERE: *El título de reivindicación ha de existir en el momento en que se ejercita la acción.*

CONDENA EN COSTAS: *La condena en costas está sometida a la libre apreciación de los tribunales de instancia (apreciación: mala fe y temeridad). [S. T. S. 17 de marzo de 1966; no ha lugar.]*

Embargada una finca por falta de pago de las contribuciones, se pretende su devolución de la Delegación de Hacienda, mediante la consignación en metálico del adeudo al Fisco. Esta entidad se opone a tal devolución considerando que la finca pertenece a un Ayuntamiento y, por tanto, no existe título en el particular para pretender tal devolución. Como consecuencia de esta negativa se reivindica por el embargado la finca, contra el Estado y el Ayuntamiento. El actor, que asume la posición procesal de recurrente en casación, no logra que el T. S. dé lugar a su recurso.

3. VALOR DE LAS INSCRIPCIONES CATASTRALES: *No cabe atribuir a las inscripciones catastrales la significación definitiva de la titularidad de las fincas inscritas, y si solamente el alcance de un principio de prueba, con posibilidades de demostración en contrario.*

LÍMITES DE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *No es viable, en relación con la doctrina de los actos propios, atribuir fuerza vinculante de reconocimiento dominical a la actividad oficial del Ayuntamiento en materia catastral.*

REIVINDICACIÓN: LA IDENTIDAD DE LA COSA ES CUESTIÓN DE HECHO: *En los procesos reivindicatorios de la identidad de la cosa es cuestión de hecho, cuya impugnación sólo es viable por el cauce del número siete, del artículo 1.692 L. E. C. [S. T. S. 29 de septiembre de 1966; no ha lugar.]*

Se demanda por una compañía resinera, contra un Ayuntamiento, para que se declare a su favor la propiedad de un monte, sito dentro de unas fin-

cas de su propiedad inscritas en el R. de la P., y cesen los actos de disfrute por parte del Ayuntamiento. El citado monte aparecía, a su vez, inscrito a favor del Ayuntamiento, como finca distinta de las continentales, propiedad de la resinera. La demanda no prospera, aunque aparecía en el Catastro reconocido el derecho de de la demandante. Tampoco se estima en la apelación, ni el T. S. da lugar al recurso de casación interpuesto por la resinera.

4. **PRESCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS:** *Para que se produzca, es necesario que transcurran veinte años en el disfrute de las aguas, sin oposición de autoridad o tercero. Conceptuase como tercero la entidad que, como la recurrida, tiene un interés jurídico, que resulta protegible, como es el tener un derecho de riego indiscutible, aguas abajo del aprovechamiento de la entidad recurrida.*

CASACIÓN: MOTIVO DIRIGIDO CONTRA RAZONAMIENTOS DE LA SENTENCIA: *No puede prosperar el motivo de casación que fundándose en el número primero del artículo 1.692 L. E. C., se dirige contra razonamientos de la sentencia impugnada que no sean base de su pronunciamiento. [S. T. S. 8 de junio de 1966; no ha lugar.]*

La comunidad de regantes demandante, frente a la demandada, pide se declare la ausencia en ésta de derecho para efectuar ciertos aprovechamientos sobre las aguas de un río, sobre las que aquélla tenía una concesión aguas abajo.

Se opone prescripción, a tenor del artículo 149 de la Ley de Aguas, pero esta excepción no se admite, por haberse interrumpido la prescripción mediante reclamaciones.

5. **POSESIÓN "AD USUCAPIONEM":** *La posesión de hecho (simple ocupación material) solamente puede convertirse en verdadero derecho de propiedad, cuando va acompañada de creencia de poseer la cosa como propia (animus rem sibi habendi).*

JUSTO TÍTULO PARA LA USUCAPIÓN ORDINARIA: *No constituye justo título para la usucapión del dominio, la inclusión de unas fincas entre los bienes objeto de partición de una herencia, cuando estos bienes habían sido poseídos por el causante en concepto de arrendatario.*

ACCESIÓN DE POSESIONES: *No cabe la accesión de posesiones entre causantes y herederos cuando ambos han poseído las cosas en conceptos diferentes.*

POSESIÓN PACÍFICA: *No dejan de poseer pacíficamente frente a la parte actora aquellos que han recibido de la misma sucesivos requerimientos tendentes a la restitución de la posesión. [S. T. S. 26 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

Los demandantes, herederos de doña D. M., reivindican unas fincas pertenecientes a la misma. El causante de éstos, esposo de doña D. M., adquirió los bienes por adjudicación judicial (hipoteca impagada), hecho ocurrido a

principios de siglo. Las fincas litigiosas fueron, por él mismo, arrendadas al causante de los demandados, fallecido en 1938, señor F. B.; su posesión no era, pues, en concepto de dueño.

Muerto el arrendatario, sus herederos (los demandados y recurrentes) incluyeron en la partición de la herencia de su padre las fincas litigiosas, que poseía como arrendatario (al menos tal era el título, no habiéndose probado en él la interversión), y que, curiosamente, con anterioridad al año 1902 las había disfrutado como titular del dominio sobre las mismas. Pero tal inclusión no hace justo título a la sucesión hereditaria ni al documento particional. Los demandados carecen, pues, de título, y sólo podrán adquirir mediante la usucapición extraordinaria por el transcurso de treinta años. Desde 1938 a 1962, en que se interpone la demanda, no han transcurrido los necesarios treinta años.

Cuando en el año 1938 los herederos de señor F. B. comienzan a poseer las fincas, su concepto no coincide con el de su causante. Aquél las poseía como arrendatario; éstos, en concepto de dueños. Se ha intervertido el concepto posesorio. Hay en la sucesión dos posesiones de signo diferente, y como consecuencia, no cabe, según el T. S., la *accesión de posesiones*. El tiempo del causante no aprovecha a los herederos.

Antes de presentar la demanda los demandantes hicieron sucesivos requerimiento a los poseedores para que abandonaran su posesión. Tales requerimientos, es cierto, a juicio del T. S., no constituyen la posesión en no pacífica. Los demandados, recurrentes, en el cuarto motivo advierten que otra interpretación llevaría al resultado injusto de convertir una posesión en violenta por requerimientos sin fundamento. Todo lo más que admiten es que los requerimientos puedan ser actos interruptivos. Pero la posesión adolecía de falta de justo título. Esto bastaba. La usucapición ordinaria se hacía así imposible.

6. PRECARIO: SU CONCEPTO: *Entiéndese por precario, "según la concepción actual de esta figura, la ocupación de una finca sin título, o en virtud de un título nulo, o que haya perdido su validez".* [S. 19 de noviembre de 1966; no hay lugar.]

El demandado poseía la vivienda a cambio de la contraprestación de servicios domésticos. Tales no se consideran como precio cierto de arrendamiento, no pudiendo calificarse la relación, por tanto, de arrendaticia, como pretendiera el tal demandado. Más aún, en el supuesto de que hubiera existido un contrato atípico, como, cambiando su primera calificación, pretende el recurrente (demandado), al haberse dejado de prestar esos servicios por haber cambiado de domicilio, el propietario de la finca, la ausencia de título justifica la calificación de precario dada a la situación del demandado.

7. CONCEPTO DEL PRECARIO: *"Ocupación sin título o en virtud de un título nulo o que haya perdido su validez" (en el caso: arrendamiento convertido en mera relación material tolerada y sin contraprestación alguna).*

PRÓRROGA ARRENDAMIENTO: IRRENUNCIABILIDAD: *La irrenunciabilidad expresada en el artículo 16 L. A. U. se contrae al momento de suscribir el contrato para evitar desequilibrios debidos al estado de necesidad del arrendatario. Incorporado al patrimonio del arrendatario el derecho de prórroga forzosa, es disponible.*

JUICIO DE PRECARIO: *No es propio del mismo decidir sobre el título de posesión del precarista, si éste se duda.* [S. T. S. 26 abril de 1966; no ha lugar.]

A. vende a B. un inmueble. El comprador interpone desahucio por precario contra T. T. era arrendatario de A., pero con posterioridad a la venta se declara precarista de B. en carta dirigida al mismo. Los efectos de esta declaración, T. trata de enervarlos, elegando en el litigio coacción (préstamo no devuelto a B.), desconocimiento del significado del precario. Tales razones no son consideradas suficientes por la Audiencia. T. es precarista desde su declaración, nos declara en su sentencia. Tampoco el T. S. da lugar al recurso, que se basaba: en la infracción del artículo 6 de la L. A. U., pues siendo el derecho a la prórroga forzosa irrenunciable, constituirse en precarista constituye una forma de renuncia al mismo, y en la inadecuada utilización del procedimiento de desahucio por precario.

8. TÍTULO DOMINICAL EN EL JUICIO DE DESAHUCIO: *Es título dominical para interponer el juicio de desahucio por precario, aquel que en el momento de interposición de la acción de desahucio lo sea, aunque fuere objeto de otro litigio, pues el juicio ordinario interpuesto por los demandados, declarativo del dominio, no es motivo suficiente para apreciar la excepción de litis pendencia en contra de la acción de desahucio.* [S. 19 de diciembre de 1966; ha lugar.]

Los demandantes adquirieron, mediante compra con forma de escritura pública, una casa, constando en dicho título que tuvo acceso al R. de la Propiedad, que el inmueble, según manifestación de la vendedora y titular registral, se encontraba libre de inquilinos y arrendatarios, si bien era cierto que desde hacía años era ocupada por la familia del señor B. I., como precarista.

Al interponer los demandantes su acción de desahucio por precario, los demandados en este procedimiento tenían interpuesto juicio ordinario de mayor cuantía sobre propiedad de la finca objeto del desahucio. Por esto la sentencia recurrida no procede al desahucio pedido, por estimar existente excepción de *litis pendencia*.

El T. S. admite el recurso y casa la sentencia de instancia. Según él, no es viable la excepción de *litis pendentia*, pues entre ambos juicios, el petitorio de los demandados y el desahucio, no existe similitud alguna, pues en uno se discute la propiedad y en otro la posesión. Y añade el T. S.: "El título de dominio poseído por los actores de la acción de desahucio al momento de ser ejercitada tenía plena eficacia al no estar invalidado por declaración firme, motivo por el cual no le impedía ejercitar los derechos

legales que del mismo se derivan, y en consecuencia, le corresponden la totalidad de las facultades que integran el dominio, y entre ellas, siendo titular inscrito de la finca de autos, la de ser parte legítima para promover el juicio de desahucio de conformidad con el artículo 1.564 L. E. C...."

El artículo 1.564 L. E. C., nos dice: "Serán parte legítima para promover el juicio de desahucio los que tengan la posesión real de la finca a título de dueños, de usufructuarios o cualquiera otro que les dé derecho a disfrutarla, y sus causahabientes." Si el título mismo está siendo cuestionado, ¿es posible interponer el juicio de precario? La duda procesal, que ha desvirtuado el procedimiento petitorio entablado, impide el normal funcionamiento del título dominical de los desahuciantes, que en términos jurídicos procesales se llama excepción de *litis pendientia*?

El T. S. nos contesta. No admite la excepción de *litis pendientia* y observamos que no la admite porque considera título de dueño, a efectos del juicio de desahucio, el que en el momento lo sea, aunque haya dudas sobre el mismo, ya que el desahucio es un procedimiento posesorio especial que, en todo caso, deja abierta la vía del ordinario reivindicatorio, esto es, que no crea definitivamente cosa juzgada.

9. INCONGRUENCIA: *No es incongruente agregar extremos accesorios, al atender a lo pedido, que sin alterar los pronunciamientos principales conducen a la efectividad del fallo* (se pidió cancelación de la inscripción registral en lo referente al límite E. de la finca, y la sentencia declara, además, cuál es el límite E.).

PRESUNCIÓN DE EXACTITUD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *La presunción de exactitud del Registro no ampara a los datos de hecho consignados en la inscripción (ejemplo, lindes de la finca). En cuanto a ellos, sólo es base de una presunción "iuris tantum", [S. T. S. 22 febrero de 1966; no ha lugar.]*

Se discuten los linderos de fincas colindantes. El Registro de la Propiedad no coincide con los mojones. Del resultado de las pruebas resultan ser inexactos los datos de hecho del Registro.

10. COMPETENCIA: REQUISITOS DE LA SUMISIÓN EXPRESA: *Dos son los requisitos de la sumisión expresa: Renuncia clara y terminante al fuero propio; designación, con toda precisión, por los interesados del Juez a quien se sometieron.*

Son interesados los que intervengan en el litigio. Estos han de suscribir la cláusula sumisoria, no siendo suficientes cualesquiera actos de los que se derive una voluntad presunta. [S. T. S. 22 de marzo de 1966.]

11. CONGRUENCIA DEL FALLO: *"No tiene que ajustarse estrictamente a los términos literales en que las partes hayan expresado sus pretensiones". Aunque se declare el derecho de servidumbre sobre unas aguas, lo concedido y pretendido es el derecho de su uso y no hay incongruencia, sino mala técnica expresiva.*

DOCUMENTOS NO TRANSCRITOS EN EL APUNTAMIENTO: *No puede en ellos fundarse el motivo de error de hecho en la apreciación de las pruebas, cuando como en el caso no se utilice oportunamente por los recurrentes el artículo 1.734 L. E. C. [S. T. S. 21 de marzo de 1966; no ha lugar.]*

Acción y reconvención sobre aprovechamiento de aguas públicas adquirido por usucapión. Se pretende por ambas partes la declaración del derecho sobre las mismas.

12. REQUISITOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: *Entre los requisitos del recurso de casación están: La expresión, en cada motivo, del cauce y vía, sin que basta una referencia general. Citar con claridad o precisión la ley o doctrina legal que se crea infringida. Expresar la norma valorativa de la prueba que sea infringida, si se trata de error de derecho, y si de error de hecho, citar los documentos y actos auténticos. [S. T. S. 4 de mayo de 1966; no ha lugar.]*

IV. Colaboración de José PERE RALUY

1. INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: DISTINCIÓN TÉCNICA:
RECURSO DE CASACIÓN: DEPÓSITO PARA RECURRIR: CONFORMIDAD DE LAS DOS SENTENCIAS DE INSTÁNCIA: *La conformidad entre las sentencias de primera y segunda instancia no requiere la igualdad literal de las palabras empleadas en los respectivos fallos, bastando que los pronunciamientos sean análogos y conduzcan a los mismos resultados. Deben considerarse conformes dos sentencias, una de la cuales declara la nulidad de un contrato y otra la inexistencia del mismo, ya que la discrepancia, meramente técnica, existente entre las mismas, respecto a la calificación de la ineficacia del negocio jurídico, no tiene más trascendencia que la meramente conceptual y técnica, pues esas nomenclaturas que se atribuyen a las varias especies del género ineficacia, ni las recoge el Código civil de manera expresa, ni las reconocen todos los autores, ni aun, entre los que las admiten, hay unanimidad respecto a las consecuencias de cada una de ellas, que, además, poco difieren una vez se declara la inexistencia o nulidad.*

INADMISIÓN Y DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: *La inexistencia de las dos fases de admisión y decisión no significa que en esta última fase no se puedan estimar causas de inadmisibilidad no advertidas en la primera [S. 16 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

2. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: CONTRATO MIXTO DE ARRENDAMIENTO Y APARCERÍA: POSESIÓN DE MALA FE: *Si tras la extinción del contrato, el propietario tuvo que recurrir a un juicio de desahucio para consumar, mediante el lanzamiento del poseedor, la efectividad de la extinción, durante el intervalo entre los dos eventos existió posesión de mala fe por parte del colono que se enriqueció injustamente con la indebida apropiación de unos frutos que correspondían al propietario, y por ello debe restituir tales frutos o pagar su importe.*

ACCIONES DOMINICALES: *No cabe confundir la acción reivindicatoria —del artículo 348 C. c.— con la restitutoria derivada del derecho del propietario a adquirir por accesión los frutos de las cosas de su pertenencia —artículo 354 C. c.—.*

CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Carece de la condición de documento auténtico a efecto del recurso de casación, el documento contractual que fue objeto de discusión en la instancia e interpretado y valorado conjuntamente con el resto de las pruebas con el órgano "a quo". [S. 10 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

3. ARRIENDOS EXCLUIDOS DE LA LAU: COMPLEJO RECREATIVO: ACTIVIDAD DEPORTIVA: *Si lo establecido en el local arrendado es un complejo recreativo compuesto por bar, salas de juego, pista de baile, frontón y pista de tenis, siendo la práctica de éste uno de tantos recreos de los que en el local de la sociedad arrendataria se podían practicar, no cabe hacer aplicación al arriendo del beneficio del artículo 32 de la Ley de Educación Física. [S. 26 de noviembre de 1966; no ha lugar, que confirma el criterio de la Sala "a quo" de estimar el arriendo excluido de la LAU.]*

4. CALIFICACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: ARRIENDO DE INDUSTRIA: *Si lo arrendado fue un edificio con los útiles, enseres, ropas y demás elementos que constituyen la total dotación de la industria denominada Hotel XXX, formando todo ello una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, el arriendo es de industria. [S. 7 de diciembre de 1967; no ha lugar.]*

5. CALIFICACIÓN DE ARRIENDO: VIVIENDA EN LA QUE ESPORÁDICAMENTE SE EJERCE EL OFICIO DE BARBERO: *En la regulación total del vínculo arrendatario debe prevalecer el elemento jurídico predominante que, por regla general, ha de ser el local de negocio; pero si de lo actuado se deduce que es de indudable prevalencia el destino para vivienda y que sólo esporádicamente se ejerce en el objeto de arriendo la actividad de barbero, del inquilino, que tiene otras ocupaciones, es correcta la calificación del arriendo como de vivienda.*

COSTAS: VENCIMIENTO: SENTENCIA QUE NO RESUELVE SOBRE EL FONDO: *Es ya doctrina de la Sala I que el principio objetivo del vencimiento establecido para la primera instancia por la LAU, rige también cuando no se resuelve sobre el fondo de la cuestión planteada. [S. 11 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

6. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: *Si en el contrato se dice que el local se destinará a tienda de quincalla o comestibles y similares, añadiéndose que el local arrendado consta de un local exterior que se utilizará como comercio y varias habitaciones interiores que servirán de almacén o vivienda, claramente se ve que el fin principal de los contratantes fue destinar el local a activi-*

dad comercial, que es lo que primordialmente se menciona en la relación de destinos.

INJUSTICIA NOTORIA: CAUCE INADECUADO: *No cabe combatir conceptos jurídicos como los de calificación del contrato por la vía del error de hecho.* [S. 7 de noviembre de 1966; no ha lugar.]

7. RAZÓN DE SER DE LA PRÓRROGA FORZOSA: DESUSO Y DESOCUPACIÓN: *La "ratio legis" de la protección privilegiada que la LAU otorga a la posesión arrendaticia estriba en el estado de necesidad del arrendatario. El desuso y la desocupación son conceptos equivalentes. La falta de uso de un almacén es equiparable a la desocupación. No basta pactar el destino de archivo o almacén aunque esté deshabitado y sin uso, sino que es preciso que sea usado realmente para el ejercicio de la actividad peculiar de su destino. Las actas notariales que acreditan el estado permanente de abandono y desuso con detalles tan expresivos como la existencia de telarañas uniendo la puerta de entrada y el marco, y la comprobación de la inexistencia de bombillas, así como de los plomos en los fusibles de la instalación eléctrica, aunque no puedan utilizarse como fundamento de un recurso de injusticia notoria por error de hecho, pueden tomarse en consideración por el Tribunal Supremo para corroborar los documentos invocados como prueba del error de hecho en que ha incurrido el órgano "a quo".* [S. 11 de octubre de 1966; ha lugar.]

8. NECESIDAD BASADA EN MATRIMONIO: ENLACE CELEBRADO DENTRO DEL AÑO SIGUIENTE A LA NOTIFICACIÓN: *Realizado el requerimiento denegatorio de prórroga por necesidad, basada en matrimonio, a las doce horas y cinco minutos del día 7 de octubre de 1963 y celebrado el matrimonio a las doce horas del día 7 de octubre de 1964, no cabe desestimar la denegación de prórroga alegando que el matrimonio no se ha celebrado dentro del año siguiente al requerimiento* [Implicitamente S. 23 de septiembre de 1966; no ha lugar, en la que se reitera la doctrina sobre la ineficacia de plantear cuestiones nuevas en el recurso de injusticia notoria.]

9. NECESIDAD: CONCEPTO: INSUFICIENCIA: *Por necesario ha de entenderse lo equidistante entre lo obligado en sentido estricto y lo que es una mera conveniencia; si la sentencia recurrida considera probado que en el local de que dispone, para su negocio, el arrendador que deniega la prórroga, el comedor resulta insuficiente algunos jueves y domingos de mercado, produciéndose humos en el mismo, hay que entender, contra el criterio de dicha sentencia que existe situación de necesidad, ya que la insuficiencia de un local de negocio y su falta de capacidad para su normal desenvolvimiento es causa determinante de la necesidad.* [S. 19 de noviembre de 1966; ha lugar.]

NOTA: En la sentencia de instancia se decía, además, que dadas las escasas dimensiones del local al que afectaba la denegación de prórroga, el mismo, sólo en parte, solucionaría la falta de espacio señalada como causa de necesidad. Se acentúa en esta sentencia del Tribunal Supremo la tendencia que se advierte de algún tiempo a esta parte en la doctrina de dicho Tribunal de ampliar el concepto de necesidad, muy restringido por la jurisprudencia,

en la primera fase de interpretación de las normas de la LAU sobre necesidad en materia de local de negocio.

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA RECONSTRUCCIÓN: ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE RENTA: CÓMPUTO DEL PLAZO ANUAL DE CADUCIDAD: *El plazo anual de caducidad establecido en el artículo 98 de la LAU no constituye un término procesal, por lo que no deben descontarse los días inhábiles. A efecto de determinar si ha transcurrido o no el plazo de caducidad hay que tener en cuenta, no la fecha de presentación de la demanda sin las copias preceptivas, sino la fecha en que estas últimas se aportaron.* [S. 5 de octubre de 1966; no ha lugar.]

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA RECONSTRUCCIÓN: REINTEGRO DEL ARRENDATARIO EN LA POSESIÓN ARRENDATICIA: EXENCIÓN DE PAGO E INDEMNIZACIÓN: *No es dable dividir el artículo 80 de la LAU concediendo al arrendatario el derecho al reintegro en la posesión arrendaticia y negándole la exención del pago de renta y el derecho de indemnización establecidos en el citado artículo.* [S. 11 de noviembre de 1966; ha lugar.]

12. AUTORIZACIÓN POR EL ARRENDADOR DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD POR LOS ARRENDATARIOS: INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES: *Autorizado por el arrendador que los dos arrendatarios del local de negocio constituyeran una sociedad mercantil de carácter personal, integrada exclusivamente por equéllos, para la explotación del negocio radicado en el local, constituye una infracción de las condiciones de tal autorización—que autoriza al arrendador a desconocer la personalidad, como arrendatario, de la sociedad constituida—el que en la escritura de constitución de la sociedad se prevea la subsistencia de la sociedad con el socio o “socios” sobrevivientes y los herederos del causante y la posible introducción de otros socios.* [S. 20 de junio de 1966; no ha lugar.]

13. RESOLUCIÓN POR CESIÓN, TRASPASO O SUBARRIENDO: PRESUNCIÓN: *No es contraria a la lógica la deducción de que media cesión, traspaso o subarriendo, si en el local de negocio arrendado a una determinada persona, ejercen su actividad mercantil o industrial, con plena independencia y separación respecto al arrendatario, dos personas más.* [S. 19 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

14. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: *Es doctrina reiterada que la variación de la configuración es algo contingente y circunstancial que no puede precisarse en términos generales, sino que hay que tener presente la circunstancia de cada caso para determinar si, dada la naturaleza de la cosa arrendada, y sus especiales características, la alteración de configuración se ha producido o no, con las obras realizadas, debiendo para ello producirse un cambio esencial y sensible y no meramente accidental o de detalle. No supone cambio de configuración la construcción de un andamiaje de madera para sostener un bidón de 200 litros, imprescindible para el servicio de agua, artefacto que se apoya sobre soportes propios de madera, independientes de la obra del edificio, excepto en un solo punto de apoyo de un listón o vigueta que penetra algo más de tres centímetros en una pared, sin afectar a su seguridad.* [S. 21 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

15. PROCESO ARRENDATARIO: ACCIONES SOBRE LEGITIMIDAD DE INCREMENTOS DE RENTA: *Siendo el tema controvertido la interpretación y alcance de la cláusula del contrato de arriendo de local de negocio y su eficacia, en relación con la renta a satisfacer, materia regulada en el capítulo IX de la LAU, es el proceso especial arrendatario y no el juicio ordinario la vía adecuada para el planteamiento del litigio.*

CASACIÓN: DEFECTO DE PROCEDIMIENTO APRECIABLE DE OFICIO: *Las cuestiones de procedimiento han de subsanarse no sólo a instancia de parte, sino también de oficio. [S. 23 de noviembre de 1966; ha lugar.]*

16. ACUMULACIÓN: JUICIO DE QUIEBRA Y JUICIO DE DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: *Procede la acumulación, al juicio universal de quiebra, cuando se trata de juicios que tengan por objeto alguno de los bienes que forman parte de la masa de la quiebra, circunstancia que no se da en el derecho del arrendatario contra el que se reclama la resolución del arrendamiento por falta de pago, tanto más cuanto que el procedimiento especial de desahucio en cuestión no puede incluirse entre los pleitos ejecutivos u ordinarios a que expresamente se refiere la ley. [S. 13 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

17. CASACIÓN: DEFECTO FORMAL: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Es desestimable el recurso interpuesto sin hacer constar el concepto por el cual se estima cometida la infracción de doctrina que se denuncia. [S. 7 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

V. Colaboración de Manuel TRENZADO RUIZ

1. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALIZACIÓN: *Las infracciones de normas de naturaleza jurídica, como en el presente motivo ocurre al estimar errónea la calificación hecha por la Sala sentenciadora, han de canalizarse por la vía de la causa tercera del artículo 136 de la LAU, ya que la cuarta está reservada para el manifiesto error en la apreciación de la prueba resultante de la documental o pericial obrante en autos.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALIZACIÓN: *Se enuncia la aplicación indebida de preceptos arrendatarios, sin advertir, que lo que se pretende no es otra cosa que combatir una interpretación de cláusulas documentales sobre las cuales sentó su criterio el Tribunal "a quo" y contra la cual únicamente a través de la impugnación de las normas interpretativas de los contratos, puede perseguirse la premisa que, a este respecto, se contiene en la sentencia recurrida, único camino, mediante el cual le era posible a esta Sala de casación entrar en el examen de la misma, pues así lo impone el rigor formal de esta fase del procedimiento. [S. 5 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

2. OCUPACIÓN POR EXTRAÑOS: PRESCRIPCIÓN: *El conocimiento por el arrendador, a efectos de la prescripción de la acción, aunque sea desde la introducción, si no alcanza los quince años, en nada perjudica a su derecho. [S. 8 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Selección de Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ
Doctor en Derecho

I. Derecho civil

1. SUBARRIENDO: *Si el arrendamiento fue de vivienda “quedando el inquilino autorizado para establecer el negocio de pensión”, es claro que no se puede decir que es infracción algo autorizado en el contrato.* (S. de 29 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

2. SUBROGACIÓN: LEGITIMACIÓN: *En el supuesto de varios beneficiarios al derecho de subrogación, si bien sólo uno de ellos tiene derecho al beneficio, y a falta de acuerdo entre ellos, se establecerá el derecho de preclación que establece la LAU, es cuestión que sólo afecta a los descendientes del inquilino, sin intervención del arrendador, quien sólo se atendrá a que el interesado le notifique fehacientemente la subrogación en el plazo de noventa días desde el fallecimiento del inquilino o, en su defecto, hacer el requerimiento que previene la LAU.* (S. de 7 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

3. SUBROGACIÓN: REQUISITOS: *Como el parentesco por afinidad no figura en el texto legal hoy vigente, es evidente el propósito del legislador para su supresión.* (S. de 10 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN: REQUISITOS: *Para que la acción de resolución del arrendamiento nazca, basta como supuesto necesario y suficiente para generarla el solo hecho del fallecimiento del titular arrendatario, pues los demás elementos que la impulsan, actuando ante el órgano jurisdiccional la voluntad de ley que alberga la norma jurídica objetiva, no constituyen más que hechos que incidiendo, y probado en el caso cualquiera de ellos, conducirá al éxito de la acción; la que no requiere para su existencia y poder ser entablada, aparte el óbito del arrendatario, más que la apreciación o creencia por el arrendador que el ocupante carece de derecho a la subrogación por falta de alguno de los requisitos que para que proceda exige la LAU: parentesco dentro del grado que señala o convivencia con el titular arrendatario por el plazo que en la misma se fija, no siendo necesario para poder ejecutarla considerar una posibilidad impenititiva en la facultad de notificar que se aspira a la subrogación, que, de administrársela, llevaría a que el ocupante, quizás sin derecho alguno y*

arbitrariamente, pudiera usar y gozar de la vivienda durante varios meses a sabiendas de carecer de derecho a ello y sólo por la trascendencia de la hipotética observancia de un plazo al que la ley no atribuye las consecuencias que se pretende concederle.

SUBROGACIÓN: REQUISITOS: CONVIVENCIA: *No plantea duda que lo necesario para que la subrogación proceda es que haya habido convivencia, es decir, que el pariente aspirante a suceder al arrendatario en el contrato y éste hayan vivido juntos y simultáneamente bajo el mismo techo y haciendo vida familiar en común durante el plazo que la ley establece; de modo que sin esa existencia en común y ese habitar a la vez en el mismo hogar no concurre, por vivir el titular arrendatario en otro domicilio, falta una condición indispensable para la subrogación.*

CESIÓN: INEXISTENCIA: *Si el arrendatario no viviera en la vivienda alquilada no quiere decir que hiciera cesión de ella, puesto que ésta requiere expresa o tácita voluntad del arrendatario de abandonar el piso alquilado y voluntad de adquisición por el cessionario. (S. de 8 de noviembre de 1966; no ha lugar.)*

5. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN: *Tratándose de una acción personal la de resolución contractual por cierre, no prescribe hasta transcurridos quince años. (S. de 30 de noviembre de 1966; no ha lugar.)*

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: FORMALIDADES: *El defecto de ilegibilidad de la firma del letrado en la demanda no constituye defecto legal en el modo de proponerla. (S. de 8 de noviembre de 1966; no ha lugar.)*

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE y RALUY

I. Derecho civil

1. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: ACTIVIDAD AUTORIZADA: *El arriendo es de local de negocio si en el objeto del arriendo se ejerce una actividad mercantil o industrial autorizada por el arrendador.*

COSTAS EN EL PROCESO ARRENDATARIO: DECLARACIÓN IMPLÍCITA DE TEMERIDAD: *No es preciso hacer declaración expresa de temeridad en la sentencia de apelación si, al imponer las costas, se expresa que se realiza la imposición de acuerdo con el art. 149, núm. 2 de la L. A. U.* (Sentencia de 14 de noviembre de 1966.)

2. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: *Lo exiguo de la contribución y el no utilizar operarios ajenos autoriza a calificar a la industria como pequeña industria de carácter doméstico.*

RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: AUTORIZACIÓN DADA POR EL ADMINISTRADOR: *No es causa de resolución la construcción de un cuarto de baño y de una galería, con permiso del administrador, pues todo administrador, como mandatario general, puede concederlo y así hay que considerarlo en aras de la buena fe, aparte de que tal autorización, por no referirse a enajenación, hipotecas o acto de dominio, es un acto de administración del art. 1.713 del C. c.*

SUPLICACIÓN: *No cabe basar el recurso de suplicación en la infracción del art. 123 de la L. A. U. por ser esta norma de carácter adjetivo.* (Sentencia de 10 de junio de 1966; no ha lugar.)

3. AUTORIZACIÓN PARA SUBARRENDAR: ALCANCE: *La autorización para subarrendar a persona determinada, señalada por su nombre, no supone una autorización genérica para subarrendar a distintas personas.* (Sentencia de 31 de mayo de 1966; no ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN ARRENDATARIA DE VIVIENDA MORTIS CAUSA: *El socio del inquilino, en la pequeña industria doméstica del mismo no puede sucederle al amparo del art. 58 de la L. A. U.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1966; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *Cabe la denegación de prórroga aunque el arriendo se pactara por tiempo indefinido.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR HABER TENIDO VIVIENDA A LIBRE DISPOSICIÓN DEL INQUILINO: *la denegación de prórroga, por esta causa, opera en todo caso, sea cual sea el motivo por el que el inquilino adquirió la propiedad de otra vivienda, ya que lo decisivo es que tuviera a su disposición otra vivienda, en el tiempo señalado por la Ley.* (Sentencia de 18 de octubre de 1966; no ha lugar.)

6. NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: *No cabe estimar la denegación de prórroga, por existir abuso de derecho en la pretensión, si al tiempo de ejercitarse la acción resolutoria basada en situación de necesidad, el arrendador cede en arriendo dos magníficos pisos de características análogas al que es objeto del proceso resolutorio.* (Sentencia de 24 de octubre de 1966; no ha lugar.)

7. NECESIDAD: PRESUNCIÓN CONTRARIA: OBRAS DE ACOMODACIÓN: *No cabe presumir que la persona para la que se reclama la vivienda objeto de la denegación de prórroga, vaya a abandonar la vivienda en que habita, cómoda, limpia, moderna e higiénica, para sustituirla por otra ruinosa, misera y prácticamente inhabitable —aquella cuyo arriendo se pretende resolver—. Las obras que precisaría realizar en la vivienda ruinosa no serían de mero acomodamiento sino de verdadera reconstrucción previo desguace del inmueble y ello no justifica la denegación de prórroga por necesidad.* (Sentencia de 10 de octubre de 1966; no ha lugar.)

8. NECESIDAD: PRIVILEGIO DE LA IGLESIA CATÓLICA: *El privilegio concedido a la Iglesia Católica, en cuanto a exoneración de la prueba de la necesidad, sólo entra en juego cuando la finca pertenece a la Iglesia, en sentido estricto, esto es, representada por el grado correspondiente de la jerarquía ordinaria no gozando, en cambio, del mismo, las entidades o corporaciones del Derecho público eclesiástico que tiene personalidad propia y facultad para adquirir, retener y administrar bienes temporales, debiendo notarse que ya la Ley de 11 de julio de 1940 distingue entre bienes de la Iglesia y los pertenecientes a órdenes y congregaciones religiosas.* (Sentencia de 17 de octubre de 1966; no ha lugar.)

NOTA: Se ha impuesto decididamente la acertada doctrina de las anteriores sentencias, basada en una lógica distinción entre la Iglesia en su organización jerarquizada de entes de Derecho público-eclesiástico y las restantes personas jurídicas de carácter eclesiástico; es evidente que sólo a los primeros puede referirse el beneficio legal y aún sería conveniente en el actual clima de la Iglesia, que esta renunciase, aún para sus órganos de carácter que pudiéramos llamar jurídico-público a beneficios del tipo del otorgado a los mismos por el art. 76 de la L. A. U.

9. NECESIDAD: CONTRASTE DE NECESIDADES: *No procede estimar una denegación de prórroga por necesidad fundada en el hecho de haber nacido tres hijos, cuyas edades, al tiempo de la denegación de prórroga, son de dos a cinco años, si en definitiva, la vivienda que ocupa quien invoca*

la necesidad, cuenta con siete habitaciones y unos altillos, aunque una de las habitaciones se destine a comedor, otra a despacho y una tercera a sala de estar; en tal supuesto no concurre la circunstancia de precisar un espacio mayor en grado superior a la simple comodidad, frente a la muy superior necesidad de vivienda y estabilidad del inquilino a quien se pretende denegar la prórroga. (Sentencia de 26 de octubre de 1966; no ha lugar.)

NOTA: Se advierte en esta sentencia una acertadísima ponderación de las dos situaciones de necesidad: la del beneficiario de la denegación de prórroga y la del inquilino de la vivienda afectada por aquella, de la que en no pocas ocasiones se prescinde, con notorio olvido de los intereses que hay que valorar a la hora de resolver problemas como el suscitado por la necesidad de vivienda del arrendador.

10. NECESIDAD: REQUERIMIENTO Y DEMANDA RESOLUTORIA: *No obsta al éxito de la denegación de prórroga el que el requerimiento previo lo realizará la viuda del arrendador y el demanda la formule la misma a nombre de sus hijos, como herederos de su padre, pues ello no afecta a la base de la necesidad. (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; no ha lugar.)*

11. NECESIDAD: IMPUGNACIÓN DE VENTA DE PISO POR RENTA EXCESIVA: *En el proceso de negación de prórroga por necesidad no cabe oponer el hecho de que el actor adquiera la vivienda por precio superior al de capitalización si no se acredita que se ha dado lugar, o está pendiente de sentencia la acción impugnatoria del art. 53 de la L. A. U. (Sentencia de 2 de junio de 1966.)*

12. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA BASE FISCAL: RENUNCIA DE BENEFICIOS: *La acción del art. 103 de la L. A. U. es irrenunciable, por hallarse establecida en interés del Fisco.*

SUPLICIÓN: NATURALEZA: *El recurso de suplicación no es una tercera instancia. (Sentencia de 23 de septiembre de 1966; no ha lugar.)*

13. REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA BASE FISCAL: CÓMPUTO DE PLAZOS: *La fecha decisiva para determinar si la renta contractual es o no superior a la base fiscal hay que determinarla de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia. (Sentencia de 23 de septiembre de 1966; no ha lugar.)*

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: ENFERMEDAD: *La enfermedad no es justa causa de la no ocupación, si no se estima preciso que el tratamiento tenga lugar en el sitio donde radica la finca de que se trata. (Sentencia de 23 de noviembre de 1966; no ha lugar.)*

15. REDUCCIÓN DE RENTA A LA BASE FISCAL, EFECTOS: ACCIONES RESOLUTORIAS: *La reducción de renta a la base fiscal no se opone a que, du-*

rante el plazo de dos años de dicha reducción puedan deducirse por el arrendador, acciones de denegación de prórroga arrendaticia. (Sentencia de 17 de junio de 1966; no ha lugar.)

16. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: HUÉSPEDES: FAMILIAR CONVIVENTE EN VACACIONES: *No procede la resolución por el hecho de que el inquilino tenga dos huéspedes y conviva con él una hermana, en los períodos de vacaciones. (Sentencia de 1 de abril de 1966; no ha lugar.)*

17. RESOLUCIÓN POR AUSENCIA DEL PISO DEJANDO EN EL PERSONAS SIN PARENTESCO: *Procede la resolución del arriendo si el inquilino se ausenta del piso dejando en él a personas sin parentesco alguno con el inquilino. (Sentencia de 7 de octubre de 1966; no ha lugar.)*

18. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CONVIVENCIA A TÍTULO DISTINTO DEL SUBARRIENDO: *No es contrario al destino de la cosa arrendada, ni causa de resolución, la presencia en una vivienda, conviviendo con el inquilino, de alguna persona, por razón de amistad o sin la concurrencia de contraprestación dineraria. Aunque la convivencia de extraños, con el inquilino, permite presumir el subarriendo, tal presunción puede destruirse probando la falta de los requisitos constitutivos del subarriendo o que la convivencia obedece a otras relaciones jurídicas incompatibles con el subarriendo. (Sentencia de 11 de octubre de 1966; no ha lugar, referente a un supuesto de convivencia del inquilino con una invitada, que no se estimó constitutivo de subarriendo.)*

19. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CONVIVENCIA A TÍTULO DISTINTO DEL SUBARRENDATARIO: *No procede la resolución por subarriendo si la razón de la convivencia con el inquilino no es la existencia de un subarriendo sino una relación que, aún reprobable, no puede identificarse con aquel tipo de contrato.*

SUPLICACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear en suplicación cuestiones no debatidas en la instancia. (Sentencia de 31 de enero de 1966; no ha lugar.)*

NOTA: Contra el criterio inicial mantenido en algunas resoluciones, tiende a imperar, tanto en los órganos de instancia, como en la doctrina de suplicación, el criterio de que no cabe resolver por subarriendo cuando se demuestra o presume que la relación entre el inquilino y la conviviente —o viceversa— es de tipo concubinario. Véase sentencia siguiente.

20. CONVIVENCIA A TÍTULO DISTINTO DEL SUBARRIENDO: *La convivencia del inquilino con extraños entraña una presunción de subarriendo, presunción que puede desvirtuarse, bien probando que no concurre alguno de los elementos esenciales del subarriendo, bien que el vínculo o razón de ser de la convivencia derivan de figuras contractuales incompatibles con el subarriendo, figura ésta última que ha de reunir los mismos elemen-*

tos que el arrendamiento. Prescindiendo de la valoración moral que puedan merecer las relaciones entre el inquilino y la convivencia, no puede decirse que exista subarriendo si no hay precio cierto. (Sentencia de 30 de junio de 1966; no ha lugar.)

21. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: SERVICIOS DOMÉSTICOS: *No procede la resolución por subarriendo si se prueba que la relación entre el inquilino y convivente es de servicio doméstico. (Sentencia de 30 de marzo de 1966; no ha lugar.)*

22. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO O CESIÓN: PRESUNCIÓNES: SUBARRIENDO NO NOTIFICADO: *La presencia en una vivienda de extraños respecto al inquilino de la misma implica una presunción de subarriendo o cesión, si no se desvirtua por prueba en contrario. El defecto de notificación de los subarriendos a que se refiere el art. 18 de la L. A. U., es causa de resolución, si no se prueba que mediara el consentimiento expreso o tácito del arrendador. (Sentencia de 21 de febrero de 1966.)*

23. RESOLUCIÓN POR FALTA DE NOTIFICACIÓN DE SUBROGACIÓN FAMILIAR: FALTA IMPUTABLE AL NOTARIO: *No procede la resolución si el subrogante acudió a un Notario, encargándole la realización de la notificación, realizando todo lo preciso para que la notificación se llevase a efecto, aunque la misma no llegara a su destino por causa imputable al Notario.*

COSTAS: REFORMATIO IN PEIUS: *Debe mantenerse, aunque no se halle ajustado a derecho, un pronunciamiento sobre costas que no fue recurrido. (Sentencia de 2 de julio de 1966; no ha lugar.)*

NOTA: En abono de la doctrina del primer párrafo, cita la sentencia una resolución de 29 de octubre de 1960 del Tribunal Supremo y otra de 10 de febrero de 1964 de la propia Audiencia de Barcelona.

24. RESOLUCIÓN POR CESIÓN ILÍCITA: CADUCIDAD: *La caducidad de la acción resolutoria por cesión ilícita es apreciable de oficio. (Sentencia de 28 de junio de 1966; no ha lugar.)*

25. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO Y CONFIGURACIÓN: PUESTO DE HELADOS: *No es causa de resolución el hecho de que el inquilino, o familiares del mismo se dediquen a la venta de helados en un puesto instalado fuera de la vivienda propiamente dicha y en un patio de acceso a la misma, común a otro inquilino, consistiendo tal puesto en un simple frigorífico con un toldo adosado simplemente a la pared. (Sentencia de 30 de octubre de 1966; no ha lugar.)*

26. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CAMBIO FORZADO POR LAS CIRCUNSTANCIAS: *No procede la resolución por derribo de un tabique si este desapareció, no por la conducta caprichosa y voluntaria del inquilino sino debido a la naturaleza del local, largo plazo de duración del arriendo*

y abandono de la finca por parte de los sucesivos propietarios. (Sentencia de 3 de junio de 1966; no ha lugar.)

27. RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: AUTORIZACIÓN CONDICIONAL: *Aunque en el documento de autorización de obras se dijera que tal autorización prescribía a los dos meses, no procede la resolución por obras realizadas con posterioridad a dicho plazo, si el retraso se debió a la actitud del propietario del inmueble que retrasó la obtención de la licencia municipal precisa para la ejecución de las obras. (Sentencia de 21 de octubre de 1966; no ha lugar.)*

28. AUTORIZACIÓN DE OBRAS CONCEDIDA POR UN ADMINISTRADOR: *Es válida la autorización para realizar obras, concedida por un administrador del propietario, al inquilino, si se acredita ser usual, en la localidad que los administradores se entiendan con los inquilinos para las cuestiones relacionadas con la finca arrendada, tanto más si el arrendador se benefició de un aumento de renta como consecuencia de tales obras. (Sentencia de 28 de septiembre de 1966; no ha lugar.)*

NOTA: Sin impugnar, antes al contrario, la doctrina anterior, no es prudente que el arrendatario se conforme con la autorización del administrador para realizar obras de cambio de configuración. En realidad, el administrador, con mandato general expreso o tácito, puede autorizar la realización de obras de cambio de configuración que no modifique sustancialmente la cosa arrendada, aunque tenga entidad bastante para determinar la resolución si tal autorización falta; pero la dificultad práctica que entraña el deslinde entre las modificaciones esenciales y las que no lo son, aconseja que se recabe la autorización del arrendador —y si éste es sólo usufructuario, la del mismo y la del nudo-propietario— y, caso de no obtenerla, se acuda a la autorización judicial del art. 114, núm. 7 de la L. A. U.

II. Derecho procesal

1. PROCESO ARRENDATARIO: COSTAS: "REFORMATIO IN PEIUS": SUBSANACIÓN DE OMISIÓN EN LA PRIMERA INSTANCIA: *La omisión de la imposición de costas preceptivas en la primera instancia, a la que se aludió en el "considerando" correspondiente, aunque se omitiera involuntariamente el pronunciamiento imponiéndolas en el fallo, puede y debe ser subsanado en la apelación, sin que ello suponga la infracción del principio que prohíbe la "reformatio in peius". (Sentencia de 16 de mayo de 1966; no ha lugar.)*

2. COMPETENCIA: PISO DESTINADO A PROFESIÓN NO COLEGIADA: *Si el piso arrendado no se destinó a vivienda, sino al ejercicio, por el inquilino, de su profesión, no por ello deja de ser conceptuado como vivienda, y si la profesión no es colegiada, la competencia para el ejercicio de acciones arrendáticas compete a los Juzgados Municipales. (Sentencia de 7 de junio de 1966; há lugar.)*

3. COMPETENCIA: EJERCICIO DE ACTIVIDAD PROFESIONAL: *El problema de si el ejercicio de una actividad profesional en la vivienda constituye o no una infracción del contrato es previo el examen, por el Juzgador, de su propia competencia, en tanto en cuanto el ejercicio de la actividad citada influye en la competencia.* (Sentencia de 10 de julio de 1966; no ha lugar.)

4. SUPLICACIÓN Y CASACIÓN: *Los recursos de suplicación y de casación ofrecen analogías, pero no se hallan equiparados totalmente. En el recurso de suplicación no es preciso citar expresamente el concepto de la infracción, si de los razonamientos expuestos se deduce el concepto en que se estima cometida la infracción.*

RESOLUCIÓN POR NO OCUPACIÓN DE VIVIENDA: *No procede la resolución si realmente la vivienda se halla ocupada, aunque sea por terceros extraños al contrato.* (Sentencia de 20 de octubre de 1966; no ha lugar.)

5. SUPLICACIÓN: PRONUNCIAMIENTO IRRECURRIBLE: *No ha lugar a fundar el recurso de suplicación en la denegación, por la sentencia de instancia, de la petición de un plazo de gracia, como el previsto en el artículo 67 de la L. A. U.* (Sentencia de 19 de octubre de 1966; no ha lugar.)

6. SUPLICACIÓN: *No es admisible el recurso si no se cita el precepto o jurisprudencia en que se apoya el recurso.* (Sentencia de 22 de junio de 1966; no ha lugar.)

7. SUPLICACIÓN: *No es admisible un recurso si no se cita el motivo concreto de la infracción con referencia a un artículo comprensivo de varios.* (Sentencia de 7 de junio de 1966; no ha lugar.)

8. SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Una sola sentencia del Tribunal Supremo y las de las Audiencias Territoriales no constituyen doctrina legal.* (Sentencia de 10 de octubre de 1966; no ha lugar.) (Analogamente, Sentencia de 20 de mayo de 1966; no ha lugar.)

9. NECESIDAD: SUPLICACIÓN: *Las declaraciones de hecho en que ha de basarse a la apreciación de necesidad no pueden revisarse en suplicación —salvo en el límitado supuesto señalado en la L. A. U.—, pero sí cabe censurar en tal recurso la calificación de los hechos en orden a si los mismos constituyen o no causa de necesidad.* (Sentencia de 27 de junio de 1966; no ha lugar.) (Analogamente, Sentencia de 26 de octubre de 1966; no ha lugar.)

10. SUPLICACIÓN: DOCUMENTAL: NO USO: JUSTA CAUSA: *No cabe basar con éxito un recurso de suplicación en la invocación del error de hecho en cuanto a la existencia de una justa causa de no ocupación que se pretende derivar de un certificado médico.* (Sentencia de 17 de octubre de 1966; no ha lugar.)

11. SUPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: *No cabe basar el recurso de suplicación en defectos de carácter procesal, como sería la falta de licencia del Ordinario.* (Sentencia de 12 de mayo de 1966. no ha lugar.)

12. SUPLICACIÓN: DECLARACIÓN DE FIRMEZA DE LA SENTENCIA RECURRIDA: PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: *En la propia sentencia de suplicación, por no haber trámites previos a la misma, en la Audiencia, debe declararse mal admitido el recurso, por defecto de pago o consignación de rentas, y firme la sentencia recurrida.* (Sentencia de 10 de octubre de 1966; ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada.

A cargo de Julio BONED SOPENA,
Juez de 1.^a Instancia e Instrucción

I. Derecho civil

1. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO O CESIÓN: NO PROcede CUANDO NO HA EXISTIDO VERDADERA Y PROPIA OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA DE AUTOS: *Si el demandado cedió gratuitamente, con carácter de favor, una dependencia de la vivienda destinada a dormitorio a un pariente, aunque lejano, de profesión practicante, para que en ella, durante una hora al día y por lapso inferior a un mes, atendiera, haciendo uso de los sencillos elementos que normalmente se utilizan en dicha profesión, a los pacientes que se le presentaban, no incurrió en causa de resolución, pues, en definitiva, no se alteró el destino de la habitación.* (S. de 9 de julio de 1966; estimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA: NOTIFICACIÓN AL ARRENDADOR: *Si la anterior arrendadora y dueña de la vivienda litigiosa manifestó en el acto del juicio, en proceso de desahucio contra el titular arrendatario, en el año 1942, que éste había cedido el local al actual demandado, quien lo ocupaba, sin que en aquella fecha ni durante la vigencia de LAU 1946 ejercitara acción alguna resolutoria del contrato, siendo así que en el artículo 39 de dicha Ley se establecía la presunción de haber sido consentida la cesión cuando el arrendador dejare caducar la acción de resolución, por su no ejercicio dentro de los seis meses de ocupada la vivienda, no era ya necesaria la notificación fehaciente prevenida en la disposición transitoria 8.^a de la LAU de 1956 y preceptos concordantes.* (S. de 11 de julio de 1966; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR QESIÓN INCONSENTIDA: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: MOMENTO INICIAL DEL CÓMPUTO DEL PLAZO: *No ofrece base para suponer del modo ostensible y manifiesto, como exige la jurisprudencia, el hecho de la cesión, la ocupación por los familiares cessionarios de la inquilina cedente, si al marcharse ésta de la vivienda aquéllos venían ya conviviendo con ella, con bastantes años de antelación, desde el concierto locativo con el arrendatario originario en 1937.* (S. de 11 de julio de 1966; desestimatoria.)

4. NECESIDAD: INSUFICIENCIA DE VIVIENDA: CASUÍSTICA: *Es insuficiente a todas luces la vivienda que ocupa el actor con su familia, compuestu*

del matrimonio, tres hijos varones de veintitrés, veintiuno y diecisiete años y una hembra de veinte, si no cuenta más que con tres habitaciones, cocina y servicios, estas dos últimas dependencias en el patio. (S. de 9 de julio de 1966; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: VIGENCIA DEL PLAZO CONTRACTUAL: ALCANCE DEL PLAZO ILIMITADO: *Pactado en el contrato que su duración era por tiempo ilimitado y especificado en la cláusula 4.^a que la despedida "había de hacerse por escrito y con un mes de antelación...", de la conjugación de ambos extremos se llega a la conclusión de que el contrato no se encontrará en prórroga, sino vigente en su duración contractual hasta que se haga la denuncia, sin que pueda equivaler a ella el requerimiento que previene el artículo 65 de la LAU, ya que el mismo se refiere a la denegación de prórroga, partiendo de que el arrendamiento se encuentre en tal circunstancia. (S. de 24 de junio de 1966; desestimatoria.)*

6. OBRAS NO MODIFICATIVAS DE LA CONFIGURACIÓN: CASUÍSTICA: *La obra realizada por el arrendatario consistente en haber echado un suelo de mosaico hidráulico sobre el piso firme preexistente, que se hallaba en pésimas condiciones para su uso y se encontraba más bajo que el de las otras habitaciones contiguas, elevándolo en escasos centímetros, hasta ponerlo a la misma altura, no modifica la configuración de la vivienda, dada su entidad y naturaleza. (S. de 3 de junio de 1966; estimatoria.)*

II. Derecho procesal

1. COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS PROCESOS DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: CRITERIOS DETERMINATIVOS: *Para determinar la competencia en materia arrendaticia hay que atender, en principio, a los términos del contrato y de la acción entablada, y si las partes mostraron su conformidad en que se trataba de un contrato de arrendamiento de vivienda, la posterior alegación del demandado en la reconvenCIÓN, de haberse operado la transformación de la vivienda en local de negocio, no desvirtúa la naturaleza del vínculo locativo y menos determina la atribución de competencia para conocer de los varios temas reconvencionales al Juzgado de 1.^a Instancia. (S. de 3 de junio de 1966; estimatoria.)*

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia.

A cargo de Julio BONED SOPENA,
Juez de 1.^a Instancia e Instrucción

I. Derecho civil

1. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PLAZOS PARA EL REQUERIMIENTO Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DENEGATORIA DE PRÓRROGA: *Lo que realmente exige la LAU es que la acción resolutoria no se entable hasta transcurrido el plazo contractual, pero no que el preaviso, dada su finalidad, no pueda efectuarse antes del vencimiento del contrato, siempre que se haga con un año de antelación a la fecha en que el arrendador desee ocupar la finca, y ser posterior esta fecha al vencimiento del término contractual.* (S. de 12 de marzo de 1965; desestimatoria.)

2. NECESIDAD: DESEO DE ROMPER LA CONVIVENCIA CON FAMILIARES: *Es suficiente la simple manifestación de querer interrumpir la convivencia, incluso con los más allegados familiares, para que surja la necesidad de ocupación de la vivienda que se reclame.* (S. de 12 de marzo de 1965; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NO USO: INQUILINO QUE PERNOCITA EN LA VIVIENDA: *Para que proceda la negativa de prórroga del contrato por desocupación, ésta ha de ser total, es decir, que se precisa que la vivienda no esté habitada en forma alguna y que en ella no se realicen actos de habitación, pues cuando esto sucede, como aquí ocurre, al pernoctar el inquilino en la vivienda, aunque no se realicen todos los del diario vivir, no cabe hablar de no uso, puesto que la Ley no exige ni puede exigir que se realicen la totalidad.* (S. de 30 de marzo de 1965; desestimatoria.)

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos.

A cargo de Roberto HENANDEZ HERNANDEZ
Magistrado

I. Derecho civil

1. REANUDACIÓN DE CONTRATO: RECUPERACIÓN DE VIVIENDA AL NO SER OCUPADA POR EL ARRENDADOR EN EL PLAZO DE TRES MESES A PARTIR DE SU DESALOJO: CASUÍSTICA: *Admitido como cierto que el recurrente solicitó inspección sanitaria de la vivienda, alta en el suministro de aguas y servicio de alumbrado público, que procedió a las reparaciones necesarias de albañilería, y que frecuentó el piso, todo ello durante los tres meses siguientes a su desalojo por la recurrente, se deduce, como consecuencia ineludible, que el mismo fue ocupado en tiempo oportuno, y los actos realizados en el mismo han de considerarse como previos y necesarios para su habitabilidad, quedando excluido todo propósito de fraude o dolo, por lo que la acción recuperatoria, entablada al amparo del art. 68 de la L. A. U., tiene que fracasar.* (Sentencia de 22 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENER EL INQUILINO A SU LIBRE DISPOSICIÓN UNA VIVIENDA APTA PARA SER OCUPADA, DE ANÁLOGAS CARACTERÍSTICAS, EN EL PLAZO DE SEIS MESES ANTERIOR A LA DEMANDA: CASUÍSTICA: *Acreditado en las actuaciones que el demandado tuvo a su disposición, en los seis meses anteriores a la promoción del pleito, vivienda de su propiedad, ubicada en el mismo término municipal en que radica la demandada, de capacidad idéntica, mismo número de habitaciones e igualdad de servicios, aparece ajustada a derecho la denegación de la prórroga arrendaticia.*

REQUISITOS DEL NÚMERO 5.º DEL ARTÍCULO 62 DE LA L. A. U.: *La subordinación que el indicado precepto hace de la excepción de prórroga de la casa arrendada respecto a la propia y disponible, se basa en factores de ponderación de la adecuación de la última a las necesidades del dueño y de analogía de características con aquélla.* (Sentencia de 4 de octubre de 1966; desestimatoria.)

3. OBRAS MODIFICATORIAS DE LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO ENERVATORIO DE LA RESOLUCIÓN, AUNQUE FUERE VERBAL Y SE HUBIERA PACTADO QUE LO FUERA POR ESCRITO: *La circunstancia de que el consentimiento no apareza prestado por escrito, como exige la segunda de las condiciones generales del contrato, no empece la desestimación de la pretensión actora, porque dicho requisito no es exigido por la ley, y su inobservancia no*

puede dar motivo a la resolución del contrato, ya que ello implicaría una extensiva aplicación de la causa séptima del artículo 114 de la L. A. U. (Sentencia de 27 de octubre de 1966; desestimatoria.)

NOTA: Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1950 y 21 de junio de 1961.

4. CONCEPTO DE HABITACIÓN EN RELACIÓN CON OCUPACIÓN: *Habitar es vivir o morar en un lugar o casa, concepto de carácter gramatical y no jurídico, absolutamente incompatible con la desocupación de que trata el número 8.º del art. 62 de la L. A. U., pues para vivir es necesario ocupar.*

CONVIVENCIA QUE NO CONSTITUYE CESIÓN ILEGAL: CASUÍSTICA: *La convivencia del arrendatario con el matrimonio constituido por su hija, no implica cesión ilegal, y es permitida por la ley, que regula posibilidad de cesión a dichos familiares y consiente por ello dicha convivencia, que no ha de entenderse sólo como permanente, desde el nacimiento del cessionario, lo que no pide la ley —art. 24—, sino con un lapso de dos años anterior a la cesión, de donde ha de concluirse que cualquier persona que tenga condiciones legales para adquirir un arrendamiento por cesión por parentesco con el arrendatario puede convivir con él.* (Sentencia de 27 de octubre de 1966; desestimatoria.)

5. ACCIÓN DIRECTA DEL ARRENDADOR CONTRA EL SUBARRENDATARIO UNA VEZ EXTINGUIDO EL ORIGINARIO CONTRATO LOCATIVO: *Admitido por la sentencia recurrida que el contrato de arrendamiento, originario del de subarriendo, quedó extinguido y resuelto en 17 de septiembre de 1965, es evidente que el arrendador tiene acción directa para obtener la resolución del subarrendamiento sin intervención del arrendatario-subarrendador, porque a éste ninguna relación jurídica le une con aquél y, por otra parte, carece de interés en la situación "sub judice", siendo tales razones las determinantes de que el párrafo primero del art. 117 de la Ley confiera al arrendador la facultad resolutoria cuando se extinguió el precedente contrato de arrendamiento, lo que comporta la posibilidad del ejercicio de la acción esgrimida con independencia de la hipotética situación de precario.* (Sentencia de 3 de noviembre de 1966; desestimatoria.)

NOTA: Véase sentencia de la misma Sala de 24 de febrero de 1961; ANUARIO DE D. C., tomo XV, fascículo 2.º, página 578, sentencia núm. 4.

6. OBRAS MODIFICATORIAS DE LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO TÁCITO: CASUÍSTICA: *De la circunstancia, acreditada en la sentencia de instancia, del conocimiento y consentimiento por parte del actor respecto a la dedicación por el demandado, de parte de la planta baja de la casa arrendada, al ejercicio de actividad, aunque rudimentaria y familiar, de carácter comercial, con motivo de sus frecuentes estancias en el pueblo, de escasa entidad de población, visitando a menudo el establecimiento, y ello, cuando menos, desde el 4 de marzo de 1958, según reconoce en carta*

escrita de su puño y letra, no puede menos de inferirse, no sólo un pleno conocimiento de la afectación de las obras litigiosas, inherentes y necesarias para el establecimiento del comercio, sino un consentimiento, cuando menos tácito, derivado de su persistente conducta o comportamiento, conforme debe entenderse, según la buena fe y recto criterio que debe regir las relaciones sociales, sin que pueda valer al recurrido un cambio contra su propio actuar, desleal polémicamente hablando, afirmando un conocimiento reciente de los hechos en la demanda, cuando la realidad demuestra que lo tenía, por lo menos, en un plazo anterior en más de ocho años. (Sentencia de 7 de diciembre de 1966; estimatoria.)

NOTA: Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero y 14 de junio de 1965.

7. **ABUSO DE DERECHO: REQUISITOS:** *Tanto el abuso de derecho como el ejercicio anormal del mismo, requiere, por precepto imperativo de ley, que sea manifiesto al haberse establecido para casos excepcionales no ampliables, por lo que su interpretación debe ser restrictiva, estando integrado, entre otros elementos esenciales, por el de inmoralidad o antisocialidad exteriorizada en una actuación sin fin serio o legítimo, con ánimo predominante de daño o una anormalidad en su ejercicio. (Sentencia de 15 de diciembre de 1966; estimatoria.)*

8. **RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: CASUÍSTICA:** *La existencia en la vivienda locada de tres huéspedes, uno de ellos pariente del arrendatario en quinto grado de consanguinidad y línea colateral y con independencia económica, sin consentimiento del arrendador, constituye la causa resolutoria enmarcada en el número 2.º del art. 114 de la L. A. U., en relación con el art. 21, núm. 2, del propio ordenamiento legal. (Sentencia de 24 de enero de 1967; desestimatoria.)*

9. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENER EL INQUILINO A SU LIBRE DISPOSICIÓN UNA VIVIENDA APTA PARA SER OCUPADA, DE ANÁLOGAS CARACTERÍSTICAS, EN EL PLAZO DE SEIS MESES ANTERIOR A LA DEMANDA:** *La aptitud y analogía a que se refiere el núm. 5.º del art. 62 de la L. A. U., no pueden ser determinadas con absoluta abstracción e independencia de circunstancias de carácter subjetivo concurrentes en el arrendatario —o en su caso familiares—, tales, a vía de ejemplo, como la profesión y la ubicación o emplazamiento de la vivienda. (Sentencia de 30 de enero de 1967; desestimatoria.)*

10. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CASUÍSTICA:** *Acreditado que la casa fue arrendada, como finalidad principal, para ser destinada a vivienda, el hecho de que lleve más de dos años ocupada sólo parcialmente como pajar y cuadra de animales, implica la desocupación, incardinada en el art. 62, caso 3.º de la L. A. U., y por ello, causa denegatoria de la prórroga obligatoria del contrato locativo. (Sentencia de 1 de febrero de 1967; desestimatoria.)*

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NO EXISTE CUANDO LA ACTORA RENUNCIÓ AL DERECHO DE RETORNO A OCUPAR EL PISO RECONSTRUIDO QUE EN CALIDAD DE ARRENDATARIA HABITABA: *Acreditado en la instancia el hecho, intangible en este recurso extraordinario, de la percepción, por la hoy actora y de la propiedad de la vivienda que por proyectado derribo desalojó, de una indemnización en cuantía de ciento cuarenta y seis mil pesetas, por juego de la Sección 3.^a del Capítulo VIII de la Ley locativa urbana se deduce el acto de renuncia a la reinstalación en las nuevas viviendas a construir en el piso reedificado, de donde se infiere la inexistencia de necesidad para que la actora pueda reclamar la vivienda que ocupa como inquilino el demandado.* (Sentencia de 4 de febrero de 1967; desestimatoria.)

NOTA: Véanse las interesantísimas sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1964 y 14 de mayo de 1965, base de la resolución de la Sala.

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ÁMBITO: *La función revisora institucionalmente asignada al recurso de suplicación se refiere a cualquier norma substantiva contenida en la Ley de Arrendamientos Urbanos o en el Código Civil, siempre que éste sea llamado a integrar o completar la especial normativa arrendaticia, puesto que su finalidad es la de dar unidad a la interpretación jurisprudencial de dicha Ley dentro de cada territorio jurisdiccional, quedando fuera del mismo los llamados "vicios in procedendo", en los que se comprende la infracción de normas adjetivas o defectos en la actividad judicial.* (Sentencia de 26 de enero de 1967; desestimatoria.)

NOTA: Véanse las sentencias de la propia Sala de 14 de julio y 10 de octubre de 1961, 27 de enero de 1964, 14 de julio y 21 de septiembre de 1965, publicadas en A. de D. C., tomos XV, fascículo 2.^o, págs. 585 y 586. sentencias núms. 3 y 4; XVII, 1.^o, pág. 259, núm. 8; XVIII, 3.^o y 4.^o, págs. 820 y 1047, núms. 9 y 5, respectivamente.

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN; HECHOS NUEVOS: *No se puede pretender, por la vía del recurso suplicatorio, que tenga éxito la demanda por un hecho no alegado expresamente en ella.* (Sentencia de 30 de enero de 1967; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: *La característica jurídica del recurso de suplicación es la de ser un recurso de derecho, no una tercera instancia, concebido por el Legislador para la defensa del Derecho arrendaticio urbano con un ámbito más estrecho que el peculiar de los recursos de casación común y el de injusticia notoria de la Ley especial, ya que estos consienten la revisión de los supuestos fácticos cuando la prueba documental o pericial demuestra la equivocación evidente del*

juzgador; esta posibilidad, y con mayor amplitud puesto que puede invocarse la resultancia de todas las pruebas, sólo existe en el recurso de suplicación cuando se funda en la errónea aplicación del abuso del derecho, y con la implícita finalidad de permitir que el Tribunal, basándose en la equidad, pueda defender sin cortapisas el destino económico y social de los derechos concedidos por la Ley frente a quien los usa de manera anormal. (Sentencia de 21 de febrero de 1967; desestimatoria.)

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.