

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXXIX

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección
JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS
LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil
y Presidente del Consejo General
del Poder Judicial

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

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Estudios monográficos

	<i>Pág.</i>
CRISTOBAL MONTES, Angel: <i>La responsabilidad del deudor por sus auxiliares</i>	5
MEILAN GIL, José Luis, y RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F.: <i>Derechos forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas</i>	19
SOTO BISQUERT, Antonio: <i>La conmutación en bien no dinerario del usufructo hereditario por el representante del heredero</i>	33
LINARES NOCI, Rafael: <i>Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición</i>	47

Vida jurídica

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. ^a Angeles: <i>Primeras Jornadas de Derecho civil Foral Navarro</i>	147
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

LIBROS

- DE LAS HERAS, Gustavo R.: *La consideración del cadáver en Derecho romano (su posible repercusión en la actualidad)*, por Angel Carrasco Perera.—
 GOMEZ LAPLAZA, M.^a del Carmen: *La aparcería agrícola en la Ley de Arrendamientos Rústicos (fuentes y concepto legal)*, por Teodora F. Torres.—
 INTERNATIONALES INSTITUT FÜR RECHTS-UND VERWALTUNGSSPRACHE: *Das Recht des öffentlichen Dienstes*, por José Bonet Correa.—
 IZQUIERDO TOLSANA, Mariano: *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, por Santiago Cavanillas y Múgica.—
 O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho civil. III. Derechos reales e hipotecario*, por José Bonet Correa.—
 PEREZ DE CASTRO, Nazareth: *El menor emancipado*, por Etelevina Valladares Rascón.—
 VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Metodología jurídica*, por Joaquín Almuquera Carres.—
 VARIOS AUTORES: *Juristen im Portrait. Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten. Festschrift zum 225 Jährigen Jubiläum des Verlages*, por Gabriel García Cantero 155

REVISTAS ESPAÑOLAS

- A cargo de Emilio BLANCO MARTINEZ y José Luis DE CASTRO MARTIN. 179

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- PARRA LUCAN, M.^a Angeles: *De nuevo sobre los derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988)* 209

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

II. SENTENCIAS

- A cargo de Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Gabriel GARCIA CANTERO, Luis Felipe RAGEL SANCHEZ y M.^a Paz SANCHEZ GONZALEZ 225

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica
CENTRO DE PUBLICACIONES

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 Madrid

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: España, 5.500 ptas. Extranjero, 6.500 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.800 ptas. Extranjero, 2.200 ptas.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXXIX

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

N.I.P.O.: 051-89-015-3.

I.S.S.N.: 84-7787-047-0.

Depósito Legal: M-125-1958.

Artes Gráficas Suárez Barcala, S. L.
Dr. Barranquer, 3. GETAFE (Madrid)

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La responsabilidad del deudor por sus auxiliares

Por ANGEL CRISTOBAL MONTES

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza

1. Salvo que se trate de las obligaciones *intuitu personae*, el deudor, a la hora del cumplimiento de su débito, puede hacerlo personalmente o por medio de otra persona. Ello constituye una prerrogativa natural de todo obligado, no perjudica en nada al acreedor, al que le es indiferente recibir la prestación debida de manos del deudor o de un subordinado suyo, y permite la agilización y dinamización del tráfico jurídico al multiplicar las formas de atender al cumplimiento de las obligaciones (1).

Es indiferente al respecto que las personas que el deudor llama a colaborar con él en la ejecución de sus contratos hayan recibido o no poder de representación, pues lo determinante viene dado por el hecho de que una persona distinta del obligado, pero auxiliar, subordinado, dependiente o representante de él, va a aparecer involucrado en un momento tan delicado como el de la realización de la prestación que se adeuda. ¿Qué ocurre si por acto suyo ésta resulta de imposible verificación? ¿Responderá o no responderá el deudor?

Los sujetos que participan en actividades negociales lo hacen, de ordinario, sobre la base de la confianza que les merece la contraparte y la seguridad de que, llegado el momento, los acuerdos serán cumplidos, bien por el propio deudor o bien por alguna otra persona incorporada a su radio de acción, extremo este último que es indiferente en un tráfico jurídico despersonalizado, masificado y mecánico. Por ello resulta del todo natural que, ocurrido aquel evento, el perjudicado pueda reclamar al deudor, porque la ampliación de la esfera de actuación de éste mediante el empleo de auxiliares es algo que él mismo ha decidido y redundará en su propio beneficio, ya que, como escribe Messineo, estamos ante el caso del empresario que, teniendo de ordinario colaboradores en las propias dependencias, se vale de

(1) CRISTÓBAL MONTES: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pp. 50 y ss.

ellos para el cumplimiento de sus obligaciones, algo que no resulta lejano ni difícil de encajar con el principio *ubi commoda, ibi incommoda* (2).

La situación la ha captado perfectamente Larenz al reseñar que si semejante posibilidad no supusiese una ampliación de la esfera de responsabilidad del deudor estaríamos ante un empeoramiento de la posición del acreedor, ya que tal vez éste no pueda obtener indemnización de la persona del auxiliar, aparte de que el mismo auxiliar no se le opone en concepto de deudor, y por ello sólo respondería cuando su falta supusiese un acto ilícito. «Cuántas más personas auxiliares contraten —escribe gráficamente el gran civilista alemán—, por ejemplo, un comerciante, un artesano o un empresario, y cuanto menos coopere por sí mismo en la ejecución de los contratos de obra o suministro concertados con sus clientes, tanto menor sería la perspectiva del cliente para la indemnización en el caso de realización imperfecta de lo convenido, si el empresario hubiese de responder sólo por su propia culpa y no también por la de sus auxiliares» (3).

2. En Derecho romano, a lo que parece, la regla general en esta materia fue la de que, normalmente, el deudor no era responsable de la culpa de sus dependientes o agentes, salvo que él mismo hubiera incurrido en *culpa in eligendo* o en *culpa in vigilando* respecto a la elección y seguimiento de ellos. Tan sólo en algunos supuestos excepcionales el deudor resultaba responsable de las acciones u omisiones culposas de sus subordinados aun sin haber incurrido en dichas modalidades de culpa, tal cual ocurría cuando alguien ponía al frente de su negocio mercantil a un encargado con amplios poderes (*institor*) o en la responsabilidad del contratista de una obra (*locatio conductio operis*) por la negligencia de sus operarios o trabajadores (4). En el mismo sentido, para Ferrera, en el Derecho romano clásico la responsabilidad por los auxiliares se exigió en el *receptum*, en la relación *institoria* y en el *locatio conductio operis* (5).

En los Derechos modernos, la responsabilidad del deudor por el incumplimiento obligacional causado por sus auxiliares se halla recogida de manera general en los Códigos civiles de mejor factura técnica. Así, según el artículo 1.228 del Código civil italiano de 1942 «salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de la obra de terceros, responde también de los hechos dolosos o culposos de ellos»; y, a tenor del párrafo 278 del B. G. B., «el deudor ha de responder con el mismo alcance

(2) MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, p. 236.

(3) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, p. 294.

(4) CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pp. 115-116.

(5) FERRARA: *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, [en «Scritti Giuridici», II, Milán, 1954, pp. 63 y ss; D. 4, 91; D. 19, 2, 25, 7; D. 19, 2, 13, 5.

que en la culpa propia de la culpa de un representante legal y de la de las personas que se sirve para el cumplimiento de su obligación». En parecidos términos se expresa el artículo 800 del Código civil portugués de 1967 y el artículo 101 del Código suizo de las obligaciones, mientras que la admisión del principio tampoco plantea mayores problemas en los ordenamientos anglosajones que aceptan sin ambages el juego de la regla *qui facit per alium, facit per se*; en cambio, en el Código civil francés y en la mayor parte de los que toman de él inspiración falta una pauta genérica que consagre la responsabilidad por los auxiliares.

En nuestro Código civil falta también una prescripción general al respecto, aunque existen bastantes preceptos que contemplan supuestos concretos de la materia en estudio. Así, en el artículo 1.564 se establece la responsabilidad del arrendatario por el deterioro causado por las personas de su casa; según el artículo 1.596, el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra; en los artículos 1.601 y 1.602 respecto a los conductores de efectos por tierra y por agua se remite a lo previsto en el artículo 1.784; en el artículo 1.721 se exige responsabilidad al mandatario por la gestión del sustituto cuando no se le dio facultad para nombrarlo o cuando habiéndosela dado, pero sin designación de persona, el nombrado es notoriamente incapaz o insolvente; a tenor del artículo 1.874, el fondista o mesonero responde de los daños ocasionados en los efectos de los viajeros por los criados o dependientes; en el artículo 1.890 se impone al gestor que delegue en otra persona todos o algunos de sus deberes la responsabilidad por los actos del delegado; y otros que podrían espigarse a lo largo del articulado de nuestro primer Cuerpo legal.

3. Como fácilmente se comprenderá, la cuestión básica en el tema que nos ocupa reside en determinar, caso de que la obligación resulte incumplida por acto del auxiliar, si el deudor resultará responsable sólo cuando él, a su vez, haya incurrido en culpa (criterio subjetivo) o si, por el contrario, asumirá la responsabilidad del incumplimiento al margen de su culpa (criterio objetivo). La doctrina tradicional, amparada en los precedentes romanos y en el clásico principio de que no hay responsabilidad sin culpa, exigía para que el deudor pudiera ser responsable del incumplimiento acaecido por actos de sus subordinados que hubiese incurrido en *culpa in eligendo* o *in vigilando* respecto a los mismos, postura que pronto se habría de manifestar contraria a los requerimientos del comercio y adversa a la fluidez y conveniencia de los negocios.

Se plantea la cuestión, en tal sentido, de si el deudor sólo debe responder por sus auxiliares cuando haya incurrido en culpa o si también asume dicha responsabilidad, aunque no esté incurso en culpa, por el hecho objetivo de haberse servido de la actividad de otra persona para la consecución de sus fines. Se advertirá que por más que

se prescinda de la responsabilidad contractual del deudor inculpable, siempre cabrá la responsabilidad extracontractual del auxiliar causante del daño injusto *ex artículo 1.902*, e, incluso, la responsabilidad subsidiaria de aquél a través del juego del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil; pero ello se juzga insuficiente.

En tal sentido, se señala que la situación del acreedor resultaría peor cuando el deudor actúa a través de auxiliares que cuando lo hace personalmente, algo que tiene poco sentido dadas la existencia de la empresa y la generación de objetiva confianza que el primer supuesto entraña, sin que semejante defecto pueda cubrirse de manera cumplida mediante el juego de la *culpa in eligendo* o *in vigilando* ni a través de la responsabilidad por hecho ilícito. Las exigencias de la economía moderna, la rapidez y la seguridad del tráfico jurídico, y la cada vez más fuerte presencia del principio de la protección de la confianza en la apariencia razonable hacen que se vaya imponiendo la idea de que, según resalta Larenz, el fundamento de la responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento no puede encontrarse en la culpa del deudor, aunque sea culpa leve, manifestada en la elección, dirección, instrucciones o vigilancia del auxiliar (6). Basar la responsabilidad del deudor por sus subordinados o dependientes en su negligencia a la hora de elegir o de dirigir a los mismos no resulta adecuado ni conveniente en una economía como la de la hora presente que se estructura en base a grandes empresas, respecto a las cuales el empresario-deudor no tiene influencia directa en la realización del trabajo (Esser). Pretender que la persona jurídica titular de la empresa gigantesca pueda estar al tanto del comportamiento de todos y cada uno de sus miles de asalariados no sólo pugna con la realidad económica del momento, sino que pertenece al reino de la utopía, hasta el punto de que se puede afirmar, tal como hace Díez-Picazo, que la objetivación de la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares constituye una exigencia económica y jurídica (7).

4. Mas, ¿supondrá ello que estamos ante un supuesto más de la creciente responsabilidad objetiva del deudor? No parece ser éste un caso de responsabilidad del deudor por el riesgo creado, sino que su existencia y justificación responden a otras circunstancias; situación que le resulta clara a Messineo cuando señala que el artículo 1.228 del *Codice* no contempla una manifestación de la denominada responsabilidad objetiva.

En efecto, aunque un deudor que tiene abierto establecimiento o empresa no haya incurrido en culpa a la hora de seleccionar a sus dependientes o en el control al que los mismos están sometidos, si en base a la actuación de éstos no puede ejecutarse la obligación con-

(6) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, *op. cit.*, p. 294.

(7) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 724.

traída en los términos previstos, no podrá alegar, empero, que el evento tiene naturaleza fortuita al objeto de eximirse de responsabilidad, porque, en definitiva, la imposibilidad sobrevenida de la prestación siempre se habrá desencadenado en función de factores en los que está involucrada la voluntad de dicho deudor. Se mire como se mire la situación, difícilmente podrá considerarse que el incumplimiento ha tenido lugar en virtud de sucesos «que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables» (artículo 1.105 del Código civil), ya que, resalta Díez-Picazo, «la producción de los daños o del impedimento de la prestación por causa procedente del círculo de actividad del deudor excluye su carácter fortuito» (8).

Existe también la consideración de que cuando una persona incorpora a otras, precisamente en el concepto de auxiliares o subordinados, en su actividad negocial está implícitamente aceptando los resultados de su gestión, ya que de la misma manera que se beneficiará de todas aquellas actuaciones que generen provecho, habrá de asumir también las consecuencias negativas de las mismas (*cuius commoda, eius incommoda*), en cuanto ha puesto en funcionamiento un complejo empresarial en el que no cabe distinguir más que una sola voluntad y en el que la contraparte no puede ser obligada a indagar cuándo queda comprometido o no la responsabilidad del principal. El hecho de que sea el deudor quien, en su propio interés, legitime al tercero a introducirse en la obligación, escribe Delgado Echeverría, inclina a pensar que lo hace a su propio riesgo, también cuando la actuación del auxiliar se desarrolle de forma autónoma, sin relación de dependencia con el deudor (9).

5. La inexistencia en el Derecho español de un precepto general, tal como existe en otros Códigos, que consagre la responsabilidad del deudor por los actos de los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, plantea a la doctrina la interrogante de si cabe inducir dicha regla genérica sobre la base de los concretos supuestos antes apuntados en los que se contemplan diversas manifestaciones de la misma. Ha sido Torralba Soriano quien más se ha aplicado en esta indagación (10).

Respecto a las obligaciones genéricas, considera que en cuanto en ellas juega la regla *genus nunquam perit*, que objetiviza la responsabilidad del deudor en la realización de la prestación, la responsabilidad por los auxiliares resultará evidente, ya que el no parecimiento del género deberá predicarse también cuando el incumplimiento sobrevenga por la actuación de personas empleadas por el deudor.

(8) *Ibid.*

(9) DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, Barcelona, 1985, pp. 237-238.

(10) TORRALBA SORIANO: *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en «Anuario de Derecho civil», 1971, pp. 1143 y ss.

Tratándose de obligaciones específicas, estima Torralba Soriano que si la pérdida de la cosa se produce estando en poder del auxiliar del deudor, hay que entender que juega la presunción del artículo 1.183, y, en su virtud, el deudor responderá por sus auxiliares, ya que no cabe alegar la existencia de caso fortuito en razón de que la actividad de sus subordinados no es probable que pueda entenderse como acontecimiento o suceso extraño al deudor.

Cuando estemos en presencia de obligaciones de hacer, deberá distinguirse si se trata o no de una hacer personalísimo del deudor. En el primer supuesto, en cuanto el deudor no podía utilizar auxiliares y, sin embargo, se ha servido de ellos, responderá por culpa propia, aun en el caso de que el incumplimiento se deba directamente al auxiliar. En el segundo caso, en cuanto a tenor del artículo 1.098 del Código civil «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa», se atenderá a semejante prescripción con independencia de que el incumplimiento se deba de manera directa al deudor o a los auxiliares que haya podido nombrar, incluso con abstracción de que el incumplimiento fuera o no culpable, salvo que se debiera a caso fortuito, ya que el precepto dice que «se mandará ejecutar a su costa», pero no dice que se mandará ejecutar sólo cuando la no realización de la prestación fuera culpable. Y a parecidas conclusiones puede llegarse en relación a las obligaciones de no hacer en base al artículo 1.099 del Código civil.

Semejante recorrido le permite a Torralba Soriano llegar a la conclusión de que en el Derecho español el deudor es responsable del incumplimiento causado por sus auxiliares, ya que le parece evidente que si la prestación no se ha realizado a causa de éstos, en cuanto su intervención no constituye un acontecimiento fortuito, el deudor continuará obligado a realizar la prestación a favor del acreedor (11). ¿Qué opinar al respecto?

6. Evidentemente, la cuestión no merece plantearse en el caso de obligaciones genéricas, ya que en ellas por la especial incidencia del principio que las preside resulta indiferente el considerar la participación o no de los auxiliares, en razón de que no cabe hablar en propiedad de incumplimiento, habida cuenta de que por la genericidad de la prestación no tiene lugar la imposibilidad sobrevenida de la misma.

En el caso de obligaciones específicas de dar, el problema se plantea al considerar si la destrucción de la cosa debida en manos del auxiliar podrá reputarse caso fortuito y de esta manera eludir el deudor su responsabilidad. Ciertamente, según antes se apuntaba, resulta muy difícil considerar que la actuación del subordinado constituya un acontecimiento «imprevisible o inevitable» para el principal, ya

(11) *Ibid.*, p. 1155.

que la misma se ha incorporado o forma parte de la actividad negocial que despliega, y por ahí puede deslizarse sin mayor esfuerzo la responsabilidad del deudor. Pero una cosa es eso, y otra muy diferente aseverar que «si la pérdida de la cosa se produce estando en poder del auxiliar del deudor, hay que entender que juega la presunción del artículo 1.183», pues en base a la literalidad estricta de este precepto la conclusión debería ser la contraria, en razón de que el mismo habla de que «la cosa se hubiese perdido en poder del deudor», y aquí, por definición, partimos de que semejante pérdida se ha producido precisamente en las manos del auxiliar del mismo.

La justificación no debe, por tanto, buscarse por ese lado, que permitiría, más bien, que el deudor alegase la exoneración de responsabilidad o, al menos, reclamase que no juega en su contra la presunción de culpa, sino en virtud de que el mismo no puede invocar como fortuito el hecho de que la cosa debida se haya destruido en poder de sus auxiliares, en cuanto la actuación de éstos forma parte de su propia actuación negocial y ejecutoria de lo convenido, y en cuanto al servirse de subordinados está adquiriendo la posibilidad de extender ilimitadamente su esfera de actividad y, por ende, está asumiendo también todas las consecuencias que de tal circunstancia puedan derivarse. Pero obsérvese que esta es una construcción finalista, que incorpora factores de conveniencia general y de desarrollo empresarial, más que de entraña netamente jurídica, por lo que sólo de manera muy tangencial y secundaria puede servir al respecto la remisión al juego de los artículos 1.182 y 1.183 del Código civil.

Nada que objetar en el supuesto de que tratándose de obligaciones de hacer personalísimas el deudor se haya servido de auxiliares para su cumplimiento. En cambio, cuando estamos en presencia de una obligación de hacer no personalísima no cabe alegar, tal cual pretende Torralba Soriano, que en base a la previsión del artículo 1.098 del Código civil debe concluirse que la misma se ejecutará a costa del deudor «con independencia de que el incumplimiento se deba directamente al propio deudor o a los auxiliares que haya podido nombrar», porque ello constituye una inadmisibles confusión de categorías jurídicas.

En efecto, el artículo 1.098 no se refiere, *stricto sensu*, al supuesto de incumplimiento de las obligaciones, sino al de la ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer, excluyendo en nuestro sistema la aplicación del inconveniente apotegma *nemo ad factum cogi potest*, supuesto en el cual no tiene sentido alguno plantearse la actuación de los auxiliares del obligado. En cambio, la hipótesis cobra pleno significado cuando en virtud de la actividad de éstos la prestación de hacer debida resulta imposible y entonces, al tener lugar el genuino acontecimiento del incumplimiento obligacional, se plantea si será o no responsable el deudor. La explicación debe buscarse por el mismo camino que antes se transitaba respecto a las obligaciones

específicas de dar; en cuanto la participación de los auxiliares en la realización de la prestación asumida por el principal no puede reputarse como acontecimiento fortuito y en cuanto aquéllos no son otra cosa (desde el punto de vista jurídico) que los instrumentos de que se sirve el deudor para dar ejecución a los compromisos que ha contraído, resultará natural que el obligado asuma la responsabilidad por algo que nunca ha salido de su esfera jurídica y aparece directamente sometido a su poder de dirección y mando.

No parece, pues, que el camino seguido por Torralba Soriano para concluir la existencia en el Derecho español de una regla que establezca la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, aunque no haya incurrido en culpa y sólo por el hecho objetivo de haberse servido del dependiente causante del incumplimiento, sea el más adecuado, pues los preceptos del Código civil que en tal sentido quiere utilizar están pensados para hipótesis diferentes o literalmente dicen lo contrario de lo que de ellos pretende derivarse. Los diversos artículos antes comentados que recogen supuestos concretos de responsabilidad del deudor por la actividad de sus subordinados tampoco permiten, en nuestro sentir, inducir una pauta genérica en tal sentido, porque tienen un marcado carácter circunstancial y contingente. ¿Quiere decir ello que no operará en nuestro ordenamiento la aludida regla general?

7. De ninguna manera. Las razones señaladas al principio son tan poderosas y las conveniencias de la solución afirmativa tan determinantes y perentorias que pocas dudas puede haber de que debe admitirse la responsabilidad del deudor por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones. Si el acreedor tuviese que indagar caso por caso si su deudor ha incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando* respecto a sus dependientes para poderle reclamar o no responsabilidad en el supuesto de inejecución del vínculo obligatorio, el tráfico jurídico sufriría serio quebranto y la expansión del comercio vería peligrar sus propios basamentos. Como con realismo resalta Messineo, dado el carácter orgánico de la empresa, no es posible al tercero perjudicado distinguir cuándo la culpa sea del empresario y cuándo sea del auxiliar, y, además, desde el punto de vista de la solvencia, para el perjudicado es más fácil tener que vérselas, a los efectos del resarcimiento, con la empresa que con el auxiliar (12).

Claro que a estas consideraciones de índole económica-social habrá que buscarles una fundamentación jurídica y, quizá, en tal sentido no sea suficiente la simple remisión al principio *ubi commoda, ibi incommoda*, sino que sea necesario invocar alguna otra argumentación jurídica más próxima y ajustada a la naturaleza del supuesto en estudio. En mi opinión, aunque puede servir en tal sentido el crite-

(12) MESSINEO: *Manual...*, IV, *op. cit.*, p. 236.

rio de la protección de la confianza, en cuanto el que contrata con el principal lo hace bajo la convicción de que éste asume la responsabilidad derivada de los actos de los dependientes, así como la circunstancia de que, de acuerdo a la naturaleza de la prestación a recibir y de las características del sujeto que debe efectuar la misma, se puede considerar que la actividad de los auxiliares resulta contractualmente asumida por éste (Díez-Picazo dice que dicha actividad «se encuentra implícita en la voluntad contractual»), el principal argumento jurídico en pro de la responsabilidad del deudor al margen de su culpa se encuentra en el hecho de que la actuación de los dependientes no podrá reputarse como fortuita a la hora de contemplar la globalidad del incumplimiento de la relación obligatoria.

El deudor sólo puede exonerarse de responsabilidad si acredita que el acontecimiento que provoca la imposibilidad de la prestación debida no le es imputable, o sea, reviste la condición de fortuito. Ahora bien, cuando ha designado personas que se van a ocupar del cumplimiento de los compromisos asumidos, la idea de «causa extraña no imputable» queda *a priori* excluida, porque lo que está haciendo es diversificar su actuación y extender el campo de operatividad de la misma mediante el juego de otros sujetos que, desde el estricto ángulo jurídico, no son más que instrumentos o prolongación suya. El deudor ha ampliado su radio de acción y pone *motu proprio* en funcionamiento un mecanismo de cumplimiento de sus obligaciones que en todo momento queda bajo su dirección y control, por lo que no debe extrañar que le sea imputable, en principio, lo que ocurra en razón de aquél, ya que, como bien dice Díez-Picazo, la «causa procedente del círculo de actividad del deudor excluye su carácter fortuito». Resulta del todo natural, en consecuencia, que el deudor asuma plenamente la responsabilidad del incumplimiento derivado del acto del auxiliar, habida cuenta de que la intervención de éste se debe a la iniciativa voluntaria de aquél, y, en definitiva, es el deudor el que «aparece como causa original del daño, en tanto en cuanto es él quien pone al auxiliar en condiciones de poder ser causante inmediato del mismo» (13).

8. Si, como se ha visto, la tónica debe ser que el deudor responde por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones aunque no haya incurrido en *culpa in eligendo* o *in vigilando*, la ulterior cuestión a plantearse es la de si semejante responsabilidad será exigible también al margen de la culpa de los propios auxiliares.

El parágrafo 278 del B.G.B. habla de que «el deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia de la culpa de...». Y a tenor del artículo 1.228 del *Codice civile*, el deudor que utiliza terceros para ejecutar sus compromisos, «responde también de los

(13) TORRALBA SORIANO: *La responsabilidad por los auxiliares...*, loc. cit., p. 1157.

hechos dolosos o culposos de ellos». En cambio, una previsión de ese tipo no se encuentra en el artículo 101 del Código suizo de las obligaciones, ya que el mismo se limita a establecer que el deudor «será responsable frente a la otra parte de los daños que causen (los auxiliares) en el cumplimiento de su trabajo», lo que permite sostener a Von Tuhr que el deudor está obligado a resarcir al acreedor el daño causado por el auxiliar aunque éste está exento de culpa, pues ese daño no se habría producido si el deudor no hubiese infringido su deber nombrando al auxiliar (14); argumento que, con toda evidencia, carece de solidez, ya que el deudor al designar auxiliares para el cumplimiento de sus obligaciones, salvo que se trate de vínculos personalísimos, no está infringiendo deber alguno.

Aunque no faltan autores, como Ferrara, que encuentran acertada semejante exigencia legal, ya que si el hecho de los auxiliares es casual y depende de acontecimientos extraños no cabe exigir responsabilidad al deudor, por tratarse de un suceso fortuito que ha rebasado su esfera de acción (15), lo cierto es que existe una mayoría doctrinal clara en contra de la misma. Así, en Italia, Visintini considera que en cuanto el deudor se hace responsable de la realización frente al acreedor a no ser que la prestación se haya hecho imposible por causa que no le sea imputable, de la misma manera deberá responder en el supuesto de que haya encargado a un subordinado suyo el cumplimiento de la obligación contraída (16).

También en Alemania los autores suelen criticar la solución del B.G.B. señalando que la misma se halla en contradicción con el fundamento mismo de la responsabilidad de los auxiliares, ya que si éste se encuentra en la circunstancia de que por su través el deudor extiende el campo de su actividad económica, parece natural que la responsabilidad de dicho autor se dé aunque no exista culpa de los auxiliares, salvo el caso fortuito; en tal sentido, se llegará a decir que el principio de la culpa había triunfado en el B.G.B. en un dominio en el que estaba definitivamente vencido (Feder). Este es también el parecer dominante en Francia, y así tanto Becque (17) como Soraec (18) consideran que el deudor debe responder, asimismo, de los hechos no culposos de ellos.

En el Derecho español, la ausencia de una prescripción general y expresa que establezca la responsabilidad del deudor por sus auxiliares desanima a los autores a pronunciarse sobre este extremo. Sin embargo, Torralba Soriano considera que en cuanto en nuestro orde-

(14) VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, p. 102.

(15) FERRARA: *Responsabilità...*, loc. cit., p. 129.

(16) VISINTINI: *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padua, 1965, pp. 117 y ss.

(17) BECQUE: *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, en «*Révue trimestrielle de Droit civil*», XIII, 1914, p. 304.

(18) Citado por VISINTINI: loc. cit., p. 118, núm. 155.

namiento y en relación al *id quod interest* lo único que libera al deudor es el caso fortuito, debe afirmarse que el mismo responderá de la satisfacción del interés del acreedor a la prestación aunque la falta de realización de ese interés se deba a una actividad no culpable de sus auxiliares, esto es, aunque los auxiliares hubieran sido diligentes; respecto a los daños ulteriores se requerirá que haya culpa del auxiliar, respondiendo el deudor de tales daños por más que él personalmente no haya incurrido en culpa (19). Díez-Picazo, por su parte, se limita a transcribir las palabras de Torralba Soriano sin añadir parecer alguno, por lo que deberá pensarse que las asume plenamente (20).

¿Cuál es nuestro sentir al respecto? La primera impresión que producen los alegatos reseñados es la de artificiosidad e innecesariedad de los mismos. No se entiende, por ejemplo, que Visintini pueda afirmar que resulta contradictorio que cuando el deudor ha encargado a otro el cumplimiento de su obligación deba garantizar sólo la diligencia de éste, mientras que si la ejecuta personalmente, a tenor del artículo 1.218 del *Codice*, debe asegurar no sólo la propia diligencia, sino también el cumplimiento de una prestación útil, con el solo límite de la imposibilidad de la prestación (21), cuando lo cierto es que una y otra hipótesis resultan similares.

En efecto, al establecer el artículo 1.218 del Código civil italiano que el deudor responde del incumplimiento de la obligación si no prueba que el mismo «ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él», está diciendo en terminología rigurosa y moderna lo mismo que decían los viejos Códigos en el sentido de que el deudor responde del incumplimiento en caso de dolo y culpa (*ad exemplum*, artículo 1.101 del Código civil español), por lo que sólo el acontecer fortuito le libera de responsabilidad. Pues bien, similar tratamiento jurídico viene a contemplarse, aunque los términos utilizados sean otros, cuando en el artículo 1.228 se establece que el deudor responderá de los hechos dolosos o culposos de los auxiliares, ya que lo que, en definitiva, resultará es que aquí también la exoneración sólo tiene lugar cuando la prestación debida se ha hecho imposible por causa de un acontecimiento inimputable.

Pienso que sostener la responsabilidad del deudor cuando el auxiliar haya incurrido en culpa no sólo no supone contradicción alguna con el sistema de responsabilidad basado en la culpa, sino que lo contradictorio sería defender lo opuesto, ya que ello implicaría la vinculación indemnizatoria del deudor al margen de la imputabilidad del hecho dañoso. La razón de que el deudor responda por sus auxiliares

(19) TORRALBA SORIANO: *La responsabilidad por los auxiliares...*, loc. cit., p. 1164.

(20) Díez-Picazo: *Elementos...*, I, op. cit., p. 726.

sólo puede descansar en la circunstancia de que la actuación de éstos que ha determinado la imposibilidad de la prestación sea dolosa o culposa, pues en otro caso nos situaríamos fuera del campo de la responsabilidad por culpa y arribaríamos al de la responsabilidad objetiva, algo que, como antes se ha visto, rechazan todos los autores que se ocupan de la materia en consideración.

Esto es, aunque el deudor resulte responsable sin culpa por su parte, siempre deberá existir la culpa del auxiliar si se quiere que la obligación de resarcir de aquél tenga una fundamentación subjetiva. Podríamos decir que la culpa del subordinado se traslada o es asumida por el principal que procedió a su designación, pero en todo caso debe existir para que éste responda, pues de no ser así nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad sin culpa mediata o inmediata, propia o ajena, que resultaría inencajable en el sistema. Aparte de que no acaba de entenderse bien cómo se puede sostener que el deudor responde aunque no haya culpa de sus auxiliares, y, a continuación, se le exonera cuando exista caso fortuito, pues, ¿acaso no coincidirían ambas situaciones en una mayoría determinante de supuestos?

Porque, efectivamente, una cosa es considerar que la actividad del auxiliar no pueda reputarse como acontecimiento o suceso extraño al deudor, y otra, singularmente diferente, que en ausencia de dolo o culpa por parte de aquél quepa excluir que el incumplimiento de la obligación se ha producido por *casus*. Hacer responsable al deudor en ausencia de culpa del dependiente y defender a un tiempo, como no podría ser de otra manera y todos los autores reconocen, que aquél queda exonerado de responsabilidad cuando el incumplimiento obligacional se haya producido por un acontecer fortuito es algo que se encuentra muy cercano a una genuina *contradictio in adiecto*.

9. Señala Larenz que puesto que se exige la culpa del auxiliar en el cumplimiento, sólo responde el deudor cuando aquél tenga capacidad para responder por culpa, si bien en el empleo de un auxiliar no plenamente responsable puede haber culpa propia del deudor, de la que obviamente responderá éste. Asimismo, la conducta del auxiliar ha de considerarse «culposa» cuando desde el punto de vista de la actuación del deudor represente la infracción culposa de una obligación, y se le haya de exigir a aquél el desarrollo de la diligencia, conocimientos y destreza que son exigibles al mismo deudor (22).

En fin, de la misma manera que, dentro de ciertos límites y bajo determinadas condiciones, cabe excluir o limitar la responsabilidad

(21) VISINTINI: *La responsabilità...*, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

(22) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, *op. cit.*, p. 299.

del deudor por sus propio actos, también cabe similar convención en orden a la responsabilidad del mismo por sus auxiliares. Así lo reconocen el parágrafo 278 del B.G.B. y los artículos 1.228 del *Código* y 101 del Código suizo de las obligaciones, incluyendo el primero de dichos preceptos la limitación o exoneración de responsabilidad hasta por la actuación dolosa del auxiliar, lo que no impide como resalta el mismo Larenz, que haya de considerarse como ilícito que el subordinado mismo pacte la exclusión de la responsabilidad por su propio obrar doloso, aparte de que «en estos supuestos de exclusión de la responsabilidad ha de ser examinado en cada caso hasta dónde son tales pactos contrarios a las buenas costumbres o al espíritu de nuestro ordenamiento jurídico» (23).

(23) *Ibid.*

Derechos forales y competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas

Por JOSE LUIS MEILAN GIL

Catedrático de Derecho Administrativo

JAIME F. RODRIGUEZ-ARANA

Profesor Titular de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. LA CONSTITUCION DE 1978 Y EL FENOMENO FORAL.—II. DERECHOS FORALES Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

I. LA CONSTITUCION DE 1978 Y EL FENOMENO FORAL

La Constitución de 1978 contiene precisos pronunciamientos sobre el fenómeno foral. El artículo 149.1.8.º se refiere a la «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», al «respeto a las normas de Derecho Foral o Especial» en la determinación de las fuentes por la legislación del Estado. La disposición adicional primera declara que «la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales». Culmina así, al máximo nivel jurídico, el cambio iniciado por la reforma del título preliminar del Código civil, en la redacción de su artículo 13 que vino a sustituir el anterior artículo 12 (1).

La opinión constitucional en esta materia es coherente con las opciones fundamentales sobre la concepción misma del Estado que en ella figura, como también existía una correlación evidente entre la

(1) El cambio es expresamente subrayado en la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, en el que se habla del «pleno respeto» predicado de los Derechos forales y la eliminación del giro «por ahora» alusivo a una transitoriedad injustificada sin necesidad de acudir a razones de fondo. Tal cambio ha sido calificado de «giro copernicano» por LASARTE, C.: *Autonomía y Derecho privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, p. 110.

tendencia unificadora representada por la codificación y las ideologías que sirvieron de base a las diferentes Constituciones españolas del siglo XIX, desde la de 1812 (2). La codificación traducía la racionalidad; el progresismo liberal exigía la uniformidad, la centralización en lo político y en lo jurídico (3). No faltaban razones objetivas para defender la tesis; otras derivaban de la dinámica de la oposición al Antiguo Régimen y se sustentaban en el doctrinarismo propio de la ideología liberal (4).

Cualquiera que sea su valoración, el hecho es que esa uniformidad jurídica no se logró plenamente. Y el Código civil de 1892 hubo de tolerar la persistencia de los fenómenos forales al amparo del artículo 75 de la Constitución de 1876 («unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes») que repetía lo dispuesto por primera vez en la de 1869 (artículo 91). Como se ve, la técnica del «sin perjuicio» tiene alguna solera y no ha sido invento denostado de los constituyentes de 1978.

No es nuestro propósito analizar exhaustivamente la cuestión foral a la luz de la Constitución (5); pero sí atraer la atención sobre algunos puntos que permitan poner en suerte el tema.

La actitud de la Constitución de 1978 acerca de la foralidad no es ya la de la tolerancia frente a un fenómeno persistente debido a «oscuras fuerzas conservadoras» o la «inercia retardaria de la tradición», y que se manifestaba en la expresión «por ahora», y en la técnica de los «Apéndices». Atrás queda, por tanto, la aspiración a un Código general de Derecho civil manifestada en el Congreso de Zaragoza de 1946 (6). La Constitución de 1978 al reconocer el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones, y consiguientemente a las Comunidades Autónomas como elemento de la organización territorial del Estado, tenía que adoptar lógicamente respecto del Dere-

(2) Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. L.: *Constitucionalismo y codificación civil*, en «Lecturas sobre la Constitución Española», UNED, II, Madrid, 1978, pp. 589-598.

(3) Sobre la correlación entre centralismo e ideología liberal en España, cfr. ARTOLA, M.: *La burguesía revolucionaria (1808-1869)*, Madrid, 1973, pp. 240-241. MEILÁN GIL, J. L.: *Sobre la descentralización*, en «Segundas Jornadas Administrativas de Galicia», Madrid, 1970.

(4) Cfr. TORQUEVILLE, A. DE: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, ed. Guadarrama, Madrid, 1969. HAURIUO, M.: *Obra escogida*, IEA, Madrid, 1976, p. 114.

(5) Para esa cuestión, cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. L.: *Constitucionalismo...* DELGADO ECHEVARRIA: *Los Derechos civiles forales en la Constitución Española de 1978*, en «Estudios sobre la Constitución Española de 1978», Valencia, 1980. GARCÍA CANTERO, C., y otros: *Conferencias sobre Derecho foral*, Caja de Ahorros de Guipuzcoa, 1982. ROCA I TRÍAS, E.: *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978* (Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles españoles en las distintas Constituciones y en la vigente), en «Revista Jurídica de Cataluña», I (1979), pp. 7 y ss.

(6) La aspiración a un Código civil General de España se califica como «historia de un imposible» por LASARTE, C.: *op. cit.*, pp. 88-98. Para CORCUERA ATIENZA, J. (*Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales*, en «REP», 46-47, 1985, p. 59): *La importancia del privilegio refleja la debilidad de la Constitución.*

cho una postura equivalente a la del Estado compuesto que configura. El Derecho foral formará parte esencial de la identidad de la Comunidad Autónoma y, por ello, constituirá un ordenamiento jurídico que es considerado como esencial de la identidad plural del Estado.

En su opción relativa a la autonomía política y a la cuestión foral, la Constitución adopta la misma posición que permite hablar de su carácter realista. El citado artículo 149.1.8 se refiere a los derechos forales «allí donde existan». No son, por tanto, una creación de la Constitución. Son realidad preexistente, que se constitucionaliza. Esta perspectiva realista resulta clave para la comprensión no sólo del fenómeno foral, sino del autonómico más auténtico. Y, por eso, también se erige en piedra de contradicción. En definitiva, no es más que una manifestación de la doble aproximación —idealista, realista—, que divide frecuentemente la especulación sobre el Derecho como proyección del saber filosófico.

No es del caso detenerse en tan importante cuestión que valdría, nada menos, que como hilo conductor de la Historia, y del que quedan testimonios en los debates parlamentarios (7). La formulación del «Estado de Derecho» debe mucho al idealismo y lo mismo, en buena parte, la funcionalidad de la Constitución. Pero no es menos cierto que la idea de los derechos fundamentales, oscurecida largos años en Europa, y la propia emergencia del «Estado social de Derecho» sobre las críticas a la insuficiencia de la «legalidad constitucional», la elaboración del «poder constituyente» permiten orientar la reflexión hacia la revalorización de la aproximación realista para la comprensión cabal de la Constitución como norma suprema (8). Veamos algunas manifestaciones.

De entrada, ha de llamarse la atención sobre lo que, con toda propiedad, podría denominarse el sujeto de la Constitución; su artículo 1 expresamente manifiesta que España es lo que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, que adopta como forma política la Monarquía Parlamentaria. Habrá diferentes concepciones sobre lo que sea España, podrá considerársela un «enigma»; pero es evidente que constituye una realidad inefable, que no puede explicarse sin acudir, aguas arriba del tiempo, al arrastre de la Historia, y que, como sujeto de la Constitución, la trasciende (9).

(7) Debate sobre el artículo 9 de la Constitución con intervenciones contrapuestas de PECES BARBA, G., y MEILÁN, J. L.

(8) Cfr. BACHOF, O.: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, Tubinga, 1951. A lo que responde la teoría de la «posición preferente» de los cuatro derechos fundamentales contenidos en la primera enmienda de la Constitución americana [(cfr. CORWIN, E. S.: *The «Higher Law» background of American Constitutional Law*, en «Harvard Law Review», 42 (1928-1929) (apud Lowenstein)].

(9) Cfr. SÁNCHEZ ALBORNOZ, C.: *España, un enigma histórico*, Madrid, 1950. En el sentido del texto con énfasis, HERRERO DE MIÑÓN, M.: *Introducción a «Fragmentos*

A partir de esa comprobación elemental pueden deducirse consecuencias del mayor interés, en este momento en el que debe entenderse arrumbado definitivamente desde hace mucho tiempo la máxima «*Princeps legibus solutus*». Aceptados los principios del constitucionalismo, han de superarse los recelos en que se basó inicialmente éste en la Europa de las Monarquías de la Restauración postnapoleónica frente a reductos de poder exentos y lo que es un dogmatismo imperialista del Derecho que no sólo disciplina, sino que crea el propio ámbito que regula.

La Constitución de 1978 suministra elementos para apoyarla. Por ello, el artículo 2 puede decir, después de lo declarado en el artículo inicial, que «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española». Con razón ha sido visto en este precepto la norma fundamental que confiere validez a la Constitución Española (10). Téngase en cuenta que el certero entendimiento del carácter normativo de la Constitución obliga a interpretar todos sus preceptos bajo esa característica, sin acudir al cómodo y falso expediente de calificación puramente programática, es decir, retórica.

Sin la consideración del carácter realista de la Constitución de 1978 que destacamos, no se entiende bien el título II de la Corona. Porque es símbolo no ya de «su unidad», sino también de «su permanencia» (artículo 56.1). Su título es «el Rey de España» y, por ello, con toda propiedad se afirma que «la Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica» (artículo 57). La Constitución necesita, por tanto, para su comprensión cabal, de realidades históricas que la trascienden y la preexisten. La figura del Rey se constitucionaliza en tanto Jefe del Estado y por ello le corresponden una serie de funciones que enumera el artículo 62.

La Constitución Española, al reconocer como forma política del Estado la Monarquía Parlamentaria y al regular lo concerniente a la Corona —sucesión, abdicaciones y renunciaciones regencias, matrimonios— realiza bajo supuestos nuevos, el compromiso jurídico que supuso el constitucionalismo europeo posterior a la Revolución francesa. La inserción de la corona en el orden constitucional no supone una desnaturalización de éste; pero tampoco significa que aquella emerja como una realidad creada por él. Así, la Constitución reconoce

de Estado», de G. JELLINEK (Madrid, 1978, p. 48): «¡Las Cortes, aun representando la indivisible soberanía del pueblo español, pueden pasar, y de hecho han pasado, pero Cataluña o Euskadi, como la España grande en la que se integran, permanecerán!». A la esencia misma del Derecho Constitucional americano pertenece el reconocimiento de fundamentales principios superiores al mismo Estado.

(10) GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *La norma fundamental que confiere validez a la Constitución Española y el resto del ordenamiento español*, en «RAP», 100-102, I (1983), pp. 293 y ss.

que el Rey de España podrá utilizar los títulos que correspondan a la Corona (artículo 56.2) y que el Príncipe heredero «tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España» (artículo 57.2). Y con relación a esa realidad, reconocida pero no creada constitucionalmente, se desarrolla una actividad que tiene por titular la Corona y puede dar lugar a las delegaciones regias.

Todo ello es orden constitucional; pero no es creación constitucional. El Rey, en tanto Jefe del Estado, es creación constitucional y no lo es en tanto titular de la Corona de España. Es cierto que en tanto Jefe del Estado asume la más alta representación del Estado Español en las relaciones internacionales (artículo 56.1); pero al subrayar esa misma función con «las naciones de su comunidad histórica», la Constitución tiene que apelar a realidades que trascienden de su virtualidad creadora, cuyas consecuencias serían claras si en el futuro esa realidad, «comunidad histórica», tuviese un determinado reconocimiento jurídico (11).

Con lo expuesto anteriormente no se quiere, evidentemente, resucitar ninguna legitimidad extraconstitucional, marginal y extravagante de la Constitución, sino superar un normativismo estrictamente formal y positivista desconocedor de la realidad misma reconocida constitucionalmente, sin la cual se llega en algunos puntos especialmente conflictivos a una auténtica aporía. No se trata de mantener y fomentar el mito, pero tampoco de anarboliar un fetichismo racionalista refractario a la realidad histórica. La Constitución de España no puede identificarse con la de otra nación por mucho que se utilizasen unas mismas técnicas jurídico-formales.

Pues bien, a la luz de esa aproximación realista de la Constitución pueden —y deben— ser leídos otros artículos. Para comenzar, el propio artículo 2 en su integridad señala: «la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones».

No hemos de entrar aquí en el análisis de este precepto, de su polémico par conceptual, nacionalidades-regiones, del alcance y fundamento de la distinción, de sus consecuencias jurídicas, del carácter distributivo o no, total o parcial del reconocimiento y garantía constitucionales. Basta subrayar que ese reconocimiento del derecho a la autonomía supone el de la preexistencia de sus titulares: una colectividad o comunidades determinadas, que no surgen «ex novo» de la Constitución y en las que es fundamental el acontecer histórico, dándole al adjetivo su significado más amplio.

La existencia de determinadas comunidades, que se individualizan con suficiente nitidez dentro de España, no deriva de un reconoci-

(11) Bastará la cita de la Commonwealth.

miento jurídico; más bien éste es consecuencia lógica de aquella realidad. El hecho de que no siempre el Derecho lo haya reconocido no constituye la negación de su existencia, como pone de relieve la Historia y el Derecho Internacional (12).

Y esto que puede afirmarse de una colectividad, y empleamos este término neutro e incoloro con la intencionalidad, en cuanto a la organización completa, política, de su vida en común, se comprueba en el mundo acotado del Derecho. La persistencia de las instituciones forales se ha producido «al margen» de las fuentes estatales de producción del Derecho; han surgido de la espontaneidad social respondiendo a una manera de entender la convivencia y las relaciones individuales y de los distintos grupos —familiar o local— o el asentamiento en la tierra y su titularidad. El Derecho estatal, emanado de los poderes del Estado, en especial del legislativo y del ejecutivo, no han podido erradicar aquella realidad y, según los momentos ha debido admitir esas realidades jurídicas, aunque, inconsecuentemente, no hayan reconocido su causa. El carácter predominantemente consuetudinario del Derecho foral, desde la perspectiva codificadora, encuentra explicación en que ha debido producirse al margen de la producción de los poderes organizados del Estado configurados por el constitucionalismo.

La Constitución de 1978 supone un reencuentro con la realidad histórica que no se agotaba en las formulaciones jurídico-formales de las Constituciones anteriores, salvo el intento de 1931. Precisamente por ello no debería resultar sorprendente que, en materia de autonomía política, ese precedente haya sido utilizado ampliamente en la elaboración del título VIII de la Constitución de 1978.

En varios preceptos se manifiesta esa apertura constitucional a la Historia. Sin ánimo de un examen exhaustivo cabría decir que las características históricas comunes constituyen requisitos esenciales para que las provincias limítrofes ejerciten el derecho a la autonomía reconocida en el artículo 2 (artículo 143.1). La constitución de una Comunidad Autónoma uniprovincial requiere que tenga «entidad regional histórica» (artículo 143.1); la denominación de la Comunidad ha de corresponder a su «identidad histórica» [artículo 147.2 a)] . Y sobre todo, aquellos que se refieren a supuestos concretos; además del reconocimiento de los Derechos forales «allí donde existan» (artículo 149.1.8), la disposición adicional primera sobre respeto de los derechos históricos de los territorios forales, que se complementa con

(12) Es sintomático el caso de Polonia, JELLINEK, G.: *Fragments of Estado*, trad. e introducción de Herrero de Miñón, M., Madrid, 1978. El punto de partida del trabajo es la posibilidad lógica de la desvinculación de alguno de los tres elementos del Estado: territorio, población y poder. Cfr. GUAITA, A.: *La Administración de Navarra*, en «REDC», 12 (1984), p. 75; la Constitución «se encontró» con la autonomía navarra.

la disposición derogatoria segunda (13); y específicamente a los «territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía».

El jurista ha de aproximarse a estos preceptos cumpliendo las reglas de la interpretación (14), entre las que no figura suplantar la voluntad del constituyente o el valor del sistema constituido por su apreciación personal, sean gusto, convicciones políticas, afanes apolo-géticos, patriotismos más o menos mesiánicos ni por los condiciona-mientos de un trabajo profesional de parte. Y de todo ha habido. Ha de huirse de maniqueísmos interesados y acercarse a la realidad de las cosas como son, no como nos hubiera gustado que fueran. Por ello no se puede compartir, como juristas, las apreciaciones ex-trajurídicas que se intentan hacer pasar como rigurosas, vestidas con el ropaje deslumbrador de un comparatismo nada difícil. Para exaltar esta vía del Derecho comparado no es preciso alancear «un historicis-mo convencional, que arriesga construcciones artificiosas, sobre la base de sustantivar elementos aislados, cuando no inventados, del pasado institucional lejano e impuesto»; ni moralizar contra «la vía de la improvisación y el arbitrismo», orientada apenas por un simple afán de protagonismo de las élites locales cuando no por el vértigo de la experimentación y de la ruptura» (15). Cuando un jurista se sitúa en una posición no neutral suele radicalizar sus opiniones y desnatur-alizar los hechos caricaturizándolos incluso al subrayar tales líneas o cargar tales tintas.

Las referencias históricas que la Constitución recoge como datos no son un adorno; sino preceptos de Derecho positivo que no pueden ignorarse con base en una descalificación global.

Más matizado y más fructífero desde el punto de vista de la inter-pretación constitucional es el denominado «principio de limitación del historicismo jurídico», según el cual «la legitimidad historicista, vale más como título para justificar la existencia del hecho diferencial, que para determinar su contenido» (16).

Lo primero que puede afirmarse sobre los Derechos históricos es que se han constitucionalizado, como les sucede a los Derechos fora-

(13) En ese sentido, CORCUERA ATIENZA, J.: *La constitucionalización de los dere-chos históricos*, en «REDC», 11 61984), p. 37: «En definitiva...» y también en *Notas... cit.*, p. 61: «La historia aparece, pues, como un título legitimador de algún tipo de particularidades jurídicas».

(14) En ese sentido, cfr. FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos históricos de los Terri-torios Forales*, Madrid, 1985, p. 20. La expresión «derechos históricos» de la disposi-ción adicional primera llega a la Constitución por los «cauces histórico y político»; pero una vez en ella «adquiere la condición de concepto jurídico».

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Estudio preliminar*, de la obra colectiva «La dis-tribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías terri-toriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española», Madrid, 1980, p. 15.

(16) TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Op. cit.*, p. 16.

les. A partir de la Constitución y por primera vez en la Historia han adquirido «rango constitucional»; tienen «su soporte y garantía, *erga omnes*, en la propia Constitución» se ha afirmado con acierto (17). Y esa ha sido una decisión trascendente de la Constitución de 1978, pese a las dificultades evidentes de la fórmula y lo azaroso de su elaboración (18).

No se trata tanto de discutir la vigencia, uno por uno, de cada «Derecho histórico», de «cuáles y cuántos son esos Derechos decantados por la Historia que la Constitución ha hecho suyos», que podría conducir a sorpresas y oficialmente a «un callejón sin salida», sino «en dejar establecida la existencia misma de la foralidad como institución peculiar, como forma explícita y singular de autogobierno», de acuerdo con la citada disposición adicional primera de la Constitución, ya que ésta no sólo «ampara y respeta los Derechos históricos», sino que reconoce «la actualización general de dicho régimen foral» (19). Ello ha quedado meridianamente expresado en la Ley de Reintegración y Mejoramiento del Régimen Foral de Navarra (L.O.R.A.F.N.A.), cuyo título es suficientemente significativo y cuyo alcance se concreta en el articulado y se explica en el Preámbulo.

A partir del reconocimiento de esa realidad «histórica», que no es mero pasado, sino presente constitucional, el jurista debe construir. Y su labor, por ello, no será ciertamente una operación de arqueología, ni siquiera de puro historiador; pero tampoco especulación lógico-formal, histórica. Y así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional cuando ha tenido que enfrentarse con casos concretos, aunque sus pronunciamientos resulten discutibles. En relación con la disposición adicional primera ha declarado:

«Los territorios forales son titulares de “Derechos históricos” respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en virtud de lo dispuesto por la disposición adicional primera de la Constitución; por lo que de la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales “Derechos”. Mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas, dentro del marco establecido por la Constitución, hayan asumido mediante sus respectivos Estatutos de Autonomía; habrá de acudir, en consecuencia, a la Constitución, a los Estatutos de Autonomía y a otras posibles normas delimitadoras de competencias dictadas en el marco de las anteriores para saber cuáles sean las correspondientes a cada Comunidad» (20).

(17) FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos...*, pp. 85-86. CORCUERA ATIENZA, J.: *La constitucionalización de los derechos históricos*, en «REDC», 11 (1984), pp. 39 y ss.

(18) *Ibidem*, Cap. I.

(19) *Ibidem*, pp. 87-92.

(20) STC 11/1984, de 2 de febrero.

Al servicio de la solución del caso, el Tribunal Constitucional subrayó, quizá con exceso, la diferencia entre Derechos históricos, cuyos titulares serían los territorios históricos (es decir, las tradicionales provincias vascongadas o «vasconizadas»), y las competencias de la Comunidad Autónoma vasca. Sólo a ésta, afirma, se refiere la actualización del régimen foral a que alude la citada disposición adicional primera; en consecuencia, reduce a «cuestiones de mera legalidad» la relativa a si determinadas facultades de aquellos territorios entraban o no dentro del contenido del concierto económico. La afirmación no resulta convincente, porque de lo que se trata de dilucidar es si una determinada norma estatal invade el ámbito de esos Derechos históricos amparados constitucionalmente como un todo (21).

Territorios históricos y Comunidad Autónoma vasca «son entes jurídicos distintos y autónomos entre sí, dotados cada uno de su correspondiente esfera de intereses y de las competencias necesarias para su gestión» (22). Diferencia que no es negada por el propio Estatuto. Por eso, resulta equívoca y sería, a nuestro juicio, errónea sacada de su contexto, la afirmación del Tribunal Constitucional de que «la disposición adicional primera de la Constitución no puede considerarse como un título autónomo del que pueda deducirse específicas competencias (23).

La peculiar estructura de la Comunidad Autónoma vasca, vertebrada sobre los territorios históricos, hace que éstos tengan el protagonismo histórico que justifica la disposición adicional primera de la Constitución y que aquella aparezca como una creación jurídica a partir de la Constitución. La cuestión es enormemente compleja por las perspectivas desde que se enjuicia y por las correlativas concepciones que se tienen tanto de la Comunidad Autónoma, como de su relación con los territorios históricos y con el Estado (24). Pero, en todo caso, es claro que los denominados Derechos históricos constitu-

(21) Una crítica de la sentencia de FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos...*, p. 86.

(22) STC 11/1984, de 2 de febrero.

(23) STC 123/1984, de 18 de diciembre.

(24) Cfr. FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos...*, y bibliografía allí citada. HERRERO, M. (*Territorios históricos...*, pp. 346-347) ha subrayado agudamente las limitaciones de una comprensión positivista del fenómeno que reconduce provincia (territorio histórico) a la categoría jurídica en un ente local, incompatible con la concepción confederal del nacionalismo vasco, a la que se impuso el modelo catalán. Es un tema pendiente. Del mismo autor: *El territorio como espacio mítico*, en «Libro homenaje a García Pelayo», Caracas, 1979.

La cuestión ha dado lugar a tensiones políticas importantes dentro del Partido Nacionalista Vasco entre los denominados «foralistas» o «provincialistas» y los «autonomistas». Se ha afirmado que no se trata tanto de «un conflicto entre historia e ideas», sino del que se plantea «cuando realidades institucionales de ámbito provincial ven amenazada su capacidad de decisión, su autonomía, por un proyecto autonómico supraprovincial» (CORCUERA ATIENZA, J.: *Op. cit.*, p. 55). Este mismo autor se inclina decididamente por la «prevalencia del principio autonómico sobre el foral provincialista» (pp. 77 y ss.).

yen un cierto sistema reconocido y no creado por la Constitución, con límites que impiden su expansionismo libre, pero no fosilizado, y susceptible de actualización, por supuesto en el marco de la Constitución —que los garantiza— y de los Estatutos que los reconoce igualmente (25).

Aunque, desde una determinada concepción de la autonomía vasca, pudieran coincidir los títulos jurídicos de los territorios históricos y de la Comunidad Autónoma, puede con certeza sostenerse que esa coincidencia en modo alguno puede ser total; por lo que al menos determinadas competencias de la Comunidad Autónoma derivan directamente de los Estatutos en el marco de la Constitución.

El anterior excurso no tiene más función que la de subrayar algunas consecuencias del carácter realista de la Constitución para la mejor comprensión del fenómeno autonómico y de su Derecho. Resulta de ello patente que, cuando menos, una parte del ordenamiento de las Comunidades Autónomas puede tener su fundamento en realidades históricas preexistentes que la Constitución acoge, respeta y cuya actualización permite. Y esas observaciones son aplicables, con mucha mayor facilidad, a los Derechos forales o civiles especiales, en los que esa dicotomía Derecho histórico-competencia de la Comunidad no es predicable.

Por el contrario, la competencia constitucionalmente reconocida a las Comunidades Autónomas sobre aquéllos constituye un consciente argumento en favor de la nueva óptica con la que debe ser contemplado el Derecho foral y que no es otra que la estatutaria (26).

II. DERECHOS FORALES Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

Al principio se puso de relieve cómo el reconocimiento de los Derechos forales o civiles especiales constituye una magnífica prueba de la existencia de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, con base en el artículo 149.1.8 de la Constitución. Frente a ello se ha intentado construir una forzada tesis (27), cuyo apriorismo re-

(25) En ese sentido ha podido decirse que «la esencia de los derechos históricos no es otra cosa que su preconstitucionalidad..., expresión jurídica de una *corpora política* que tampoco la Constitución ha creado» (HERRERO, M.: p. 351). Algún autor ha opinado que «la disposición adicional primera no tendría por qué ser interpretada restrictivamente como instrumento de amparo sólo de los derechos históricos de los territorios vasco-navarros», CORCUERA, J.: *La constitucionalización...*, p. 36.

(26) Aunque teóricamente los Derechos forales no necesitarían para su subsistencia de su reconocimiento por los Estatutos de las respectivas Comunidades, esa es la tendencia natural bajo la actual Constitución y ha terminado por ser una realidad.

(27) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico*, en «REDC», núm. 5, 1982, pp. 88 y ss. PAREJO, L.: *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional*, Madrid, 1981, pp. 92-93.

sulta meridiano, para mantener la de carácter general adversa al reconocimiento de aquellas competencias y fundado en una defensa excesiva de las competencias exclusivas del Estado que, de otra parte, no se ponen en duda.

Se reconoce, por esta orientación doctrinal, que el párrafo 8 del artículo 149.1 de la Constitución «reserva una potestad legislativa autonómica..., como un ámbito material separado de la legislación civil del Estado y, por tanto, no sometido en principio a ésta». Y que «la competencia autonómica no se articula en este caso como una participación en una competencia exclusiva del Estado, sino como una competencia exclusiva y completa de la Comunidad Autónoma» (28). La conclusión parece clara; pues bien, la particular que se saca es que ese hecho «sitúa el supuesto fuera de la técnica común del artículo 149.1».

El párrafo citado «en cuanto se refiere a los Derechos forales —se concluye— está situado asistemáticamente o si se prefiere no es coherente con el resto del contenido del precepto». El perjuicio doctrinario lleva a confusiones adicionales porque se considera que el precepto citado «es más bien una competencia autonómica de la misma naturaleza que la del artículo 148.1», que como se ha razonado anteriormente, constituye un marco y no una lista de atribución de competencias de las Comunidades Autónomas. Los Estatutos de las Comunidades Autónomas del artículo 151 —y las demás al cabo de cinco años— realizan la concreta atribución o asunción de las competencias en el marco de los artículos 148 y 149 (artículos 148.2 y 151.1).

Al no reconocer lo que es innegable —la aplicación preferente del Derecho foral sobre el Derecho denominado común—, para mantener la tesis de la prevalencia del Derecho estatal en todo caso sobre el de las Comunidades Autónomas, se afirma que aquellas realidades positivas no empiecen, «pues remiten a unas relaciones normativas planteadas no sobre la dialéctica “lex superior-lex inferior”, sino sobre la de “lex generalis-lex specialis”, lo que coloca de suyo dichos supuestos fuera del ámbito de aplicación posible del principio» de prevalencia del Derecho estatal (29).

La explicación, a nuestro juicio, conforme con la literalidad de las expresiones y la ubicación del precepto y el contexto y precedentes, es afirmar que la Comunidad Autónoma tiene competencias exclusivas sobre los Derechos forales y civiles especiales, cuya preexistencia se reconoce y se incorpora al sistema constitucional (30). No son creación de la Constitución, pero no pueden constituir ordenamientos erráticos o vagos. Sucede, además, que al integrarse en el

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La significación...*, p. 89.

(29) PAREJO, L.: *La prevalencia...*, pp. 92-93.

(30) Cfr. LASARTE, C.: *Autonomía y Derecho privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980, pp. 99 y ss.

sistema constitucional, la atribución de competencias exclusivas a la Comunidad Autónoma en la materia resulta coherente con la determinación constitucional de reconocerles la «conservación, modificación y desarrollo» de aquél. Con ello se resuelve una cierta aporía a que podría conducir la consideración de un Derecho civil fosilizado al que, sin embargo, se reconoce fundamentalmente como parte de los usos y costumbres.

El problema consistirá, como se indicó al analizar los denominados «Derechos históricos» cual es el alcance de esa «conservación, modificación y desarrollo». Las posiciones doctrinales varían según la perspectiva desde que se escriba —autonómica o foralista, de un lado; estatista o común, de otro— sin que a los términos se desee imponer una carga positiva o negativa. Se discutirá si esa competencia del artículo 149.1.8 se atribuye sólo a las Comunidades en donde existiese Derecho foral en el momento de promulgarse la Constitución referido a la compilación respectiva o si no debe existir tal restricción (31). Y sobre todo se debate la capacidad innovadora de la Comunidad Autónoma: si la modificación y el desarrollo deben operar dentro de lo que es el reconocido Derecho foral o si puede manifestarse fuera de su realización histórica para crear instituciones nuevas (32). El problema se agudiza en relación con la determinación y regulación de las fuentes del Derecho (33).

No es nuestra intención desarrollar aquí todos los aspectos del problema. Bastará con subrayar algunos puntos que interesan al tema que estamos exponiendo. En primer término, ha de recordarse el carácter de auténticos sistemas que tienen los Derechos forales. Que sus normas diverjan de las que constituyen el llamado Derecho común encuentra en aquello su explicación. Haste el mismo origen ordinariamente consuetudinario lo confirma. Traducen un modo de entender parcelas importantes de la vida en común y no es difícil encontrar algunas claves que proporcionan coherencia al sistema. Si es así, se comprende que se haya afirmado igualmente su carácter

(31) Por la restricción se manifiestan los profesores LÓPEZ JACOISTE y DELGADO ECHEVARRÍA Y LASARTE. En contra, GARCÍA CANTERO, G.: *Competencias de las Comunidades Autónomas en materia foral*, en «Conferencias...», p. 6.

(32) Por la primera tesis se pronuncia Lasarte, C., que sigue la opinión de Delgado Echevarría, bajo el eslogan «mantenimiento del foralismo». La posición contraria es mantenida por RICA I FRÍAS, E.: *El Derecho...* («con la Constitución desaparece definitivamente el Derecho foral para pasar a ser Derecho civil de la Comunidad Autónoma»), p. 23. Cfr. BERCOVITZ, R.: *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil*, Oñate, 1983. Para Arechederra Aranzadi, L. I. (*Competencias de Navarra en materia de Derecho*, en «La Ley», 12 de noviembre de 1986) la «continuidad foral» es una referencia útil (p. 3).

(33) Cfr. DIEZ PICAZO: *La doctrina de las fuentes del Derecho*, en «Anuario de Derecho Civil», octubre-diciembre, 1984, pp. 834 y ss.

de «sistemas abiertos» (34), que explican no raras contradicciones en cuanto a regulaciones diferentes en momentos sucesivos (35).

La «modificación y el desarrollo» están, pues, esencialmente implícitos en la idea misma del Derecho foral que no es, por tanto, necesariamente un fósil. La conservación ha de entenderse desde la idea de la garantía constitucional: como seguridad de que su supervivencia, en términos que permitan su identificación como tal Derecho foral, no será amenazada por el Derecho estatal común (36), para lo que constituye un límite. Y, por supuesto, que la Constitución no lo derogaba.

En segundo lugar, la constitucionalización del Derecho foral y en concreto la posibilidad de que sea materia parà competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas aporta la novedad de que, por primera vez, se reconoce la potestad legislativa sobre ella. La modificación y el desarrollo, por seguir utilizando los términos constitucionales, pueden ser el resultado del ejercicio de la potestad legislativa de una Comunidad Autónoma (37). Con ello puede plantearse la cuestión de la esencialidad o no del carácter consuetudinario del Derecho foral. Y no se trata de la acción legislativa de alcance comilador, sino de un ejercicio ordinario de la potestad de legislar.

Desde la perspectiva que aquí se adopta, lo importante y decisivo es que la Comunidad Autónoma puede legislar sobre el denominado tradicionalmente Derecho foral o civil especial, de la misma manera que podrá hacerlo sobre las demás competencias asumidas como exclusivas, que justifica la concepción estatutaria que vengo proponiendo. ¿Con qué límites?

De acuerdo con las premisas esenciales de Derecho foral como sistema garantizado constitucionalmente, entendemos que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva para innovar, dentro de los límites de lo que se entiende por Derecho civil especial, reconociendo nuevos usos, jerarquizando de distinto modo las fuentes (38).

(34) Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J.: *Constitución y Codificación civil*, en «Lecturas sobre la Constitución Española», T. II, 1978, p. 607: «Es la apertura que emana de la realidad de las cosas, que mantiene como meta el valor profundo del hombre, y que crea el clima de libertad necesaria para las más egregias realizaciones humanas». En general, cfr. VILLAR PALASI, J. L.: *Consideraciones sobre el sistema jurídico*, en «RAP» (100-102), I, 1983, pp. 509 y ss.

(35) Cfr. FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos*, p. 21.

(36) En ese sentido, FERNÁNDEZ, T. R.: *Los derechos*, p. 21; que sigue expresamente a PAREJO, L.: *Garantía institucional y autonomía local*, Madrid, 1981. La idea ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional en su S. de 28 de julio de 1981 al tratar de las Diputaciones provinciales.

(37) La trascendencia de esa atribución de «competencias legislativas» es destacada por ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, I, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 99.

(38) Cfr. AGUIERA Y ARJONA, A.: *Galicia. Derecho consuetudinario*, Madrid, 1916. Precisamente, una de las razones de ser del Derecho foral es su nacimiento por la vía de costumbre «contra legem». En ese sentido, CARBALLAL PERNAS, R.: *Estudo*

También para la Comunidad autónoma ha de jugar el principio de la garantía constitucional de modo que se preserve la «imagen que del Derecho foral o civil especial» se pueda tener socialmente, que ha de conectarse, como se verá, al ejercicio de otras competencias exclusivas sectoriales de la comunidad autónoma, asumidas por su Estatuto. Y ya se comprende que aquella capacidad innovadora no puede quedar reducida a la incorporación de instituciones que quedaron fuera de la Compilación (39).

En esta delicada materia han de conjugarse a la vez y equilibradamente dos principios: la preexistencia constitucional del Derecho foral o civil especial y su constitucionalización como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Aquella justifica ésta. El ejercicio de la competencia exclusiva está sometido a los límites constitucionales de toda competencia exclusiva, tal como se expuso anteriormente, sin que, por ello, se volatilice el carácter exclusivo de la competencia con la prevalencia consiguiente en la aplicación del Derecho autonómico (40).

Otra cosa es que los derechos fundamentales de la persona, en tanto contenido de la Constitución, sean de aplicación y tengan efectos derogatorios de la regulación foral de instituciones que aparezcan en contradicción con aquéllos (41).

do Dereito civil de Galicia, Santiago de Compostela, 1973, p. 64. El «íter» jurídico de los montes vecinales en mano común es paradigmático del papel de los usos y de la costumbre hasta forzar el reconocimiento legal. Conseguido éste, la naturaleza consuetudinaria de la institución ejerce un esencial papel interpretativo que no siempre se reconoce suficientemente.

(39) Para Galicia, cfr. PAZ ARES, J. C.: *La Compilación de Derecho civil especial de Galicia. Notas críticas*, Salamanca, 1964. SEOANE IGLESIAS, J.: *El ordenamiento jurídico gallego y el problema de las fuentes*, en «Foro gallego», 181 (1985), p. 38.

(40) Arechederra L. I. (*Competencia...*, p. 5) concluye drásticamente la desaparición del Derecho foral «como matriz inspiradora para pasar a ser un Derecho restringidamente especial. Especial, pero en perfecta sinfonía de principios con el resto del ordenamiento jurídico privado del Estado».

(41) Así ha ocurrido en materia de filiación, matrimonio. Cfr. ARECHEDERRA, L. I.: *Ibidem*.

La conmutación en bien no dinerario del usufructo hereditario por el representante del heredero

Por ANTONIO SOTO BISQUERT

Notario de Valencia

SUMARIO: I. DELIMITACION DEL TEMA.—II. BASES PREVIAS.—1. *La posición jurídica de los llamados a la herencia antes de la partición.*—2. *La partición de herencia.*—3. *La conmutación de usufructo.*—a) En general.—b) Supuestos concretos legalmente regulados.—III. LA CONMUTACION EN BIEN NO DINERARIO.—1. *Posturas doctrinales.*—2. *La jurisprudencia.*—3. *Teoría que se sostiene.*— a) Expresión general.—b) La capacidad.—c) Refutación de argumentos en contrario.—d) La representación voluntaria.

I. DELIMITACION DEL TEMA

La conmutación del usufructo viudal hereditario ha sido, evidentemente, estudiada por la doctrina, centrándose, fundamentalmente, en la regulación establecida antes en el artículo 838 y hoy en el 839, ambos del Código civil, para el limitado supuesto que recoge.

De otra parte, la aplicación práctica de la norma no parece haber ocasionado hasta ahora mayores problemas, como demuestra la escasa jurisprudencia existente sobre el particular.

Sin embargo, últimamente, la implantación del divorcio vincular en la sociedad ha determinado que se produzca con una cierta frecuencia el supuesto de concurrencia en la herencia de hijos del primer matrimonio del fallecido con el cónyuge viudo de segundas nupcias, siendo aquéllos menores de edad y representados por el padre divorciado del causante. Esta situación puede producir —y de hecho produce— tensiones mayores que en el caso de que el cónyuge de segundas nupcias lo haya sido tras el fallecimiento del anterior, motivadas, dejando aparte las relaciones personales, por la defensa de los intereses económicos respectivos.

Es, por ello, absolutamente razonable que, en trance de partición de la herencia, se acuerde acabar con ese estado y de modo definitivo, sin prolongarlo para el futuro con la persistencia de un usufructo viudal que significaría la continuidad de una relación personal y patrimonial que no se desea. Lo que se logra por medio de la conmutación de dicho usufructo.

El estudio de la viabilidad de la conmutación en bienes diferentes del dinero y muy especialmente en inmuebles, y la posibilidad de la aplicación en ella del instituto de la representación constituyen el objeto de este trabajo.

II. BASES PREVIAS

Resulta necesario recordar, aunque sea sucintamente, las ideas básicas acerca de la posición jurídica del llamado a la herencia antes de la partición, de esta misma y de la conmutación, para llegar a una correcta solución de la cuestión que nos ocupa.

1. La posición jurídica de los llamados a la herencia antes de la partición

Nos encontramos, por definición, al tratar un supuesto de concurrencia de cónyuge viudo con al menos un heredero, en una situación de comunidad hereditaria. Y ello es así porque, cualquiera que sea la tesis que se sostenga acerca de la naturaleza del derecho de usufructo del viudo, tanto cuando consiste únicamente en la legítima como en caso de ser de cuantía superior por disposición testamentaria, es siempre el cónyuge superstite un partícipe en la comunidad sobre la herencia que deriva necesariamente del llamamiento de más de una persona a la totalidad o parte alicuota de la misma (1).

En la comunidad hereditaria, el copartícipe, sea heredero o legatario de parte alicuota, esté llamado a la propiedad, plena o nuda, o al usufructo, ostenta la titularidad de una cuota sobre un patrimonio, el relicto por el causante; que la ley (artículos 1.067 y 1.531 del Código civil) y la doctrina consideran como un todo contemplado de modo unitario, de tal modo que, como dicen Díez-Picazo y Gullón (2), las cuotas se proyectan en la titularidad de la masa hereditaria conceptuada como unidad, y no sobre todos y cada uno de los bienes o derechos que la componen. De ahí que en la cesión de herencia y de cuota hereditaria se atiende al patrimonio como un todo

(1) Así, Díez-Picazo, L., y Gullón, A.: *Sistema de Derecho civil*, 1986, Vol. IV, pp. 693 y ss.

(2) *Ob. cit.*, p. 694.

y no a las cosas concretas que lo componen, las cuales, como dice Roca Sastre (3), de ser contempladas, lo son no en sí mismas y aisladamente consideradas (*uti singuli*), sino como parte de un todo (*uti universitas*).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1958 afirma que la comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su unidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que éstas se hallan configuradas como elementos patrimoniales y son negociables, mientras que respecto de las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto, dicha comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, pues tales cosas son irrelevantes dentro de la indivisión patrimonial, de modo que cada una de ellas pertenece plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas al mancomún de herederos. Doctrina confirmada por otras posteriores (Sentencias de 25 de noviembre de 1961, 11 de diciembre de 1964, 21 de marzo de 1968 y 21 de abril de 1971, entre otras), y, en tema de disolución de comunidad, por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de abril de 1986.

2. La partición de herencia

La naturaleza jurídica del negocio de partición de herencia es cuestión que debe considerarse definitivamente resuelta. Superando las tesis opuestas que le asignaban naturaleza declarativa o traslativa, a partir del estudio de Martín López (4), la doctrina y la jurisprudencia (5) han aceptado abiertamente la idea defendida por este autor de que la partición tiene naturaleza determinativa o especificativa de derechos, en cuanto transforma los derechos indeterminados o participaciones abstractas de los llamados a cuotas del patrimonio relicto en titularidades individualizadas y concretas sobre bienes determinados.

Esta peculiar naturaleza del negocio jurídico particional es la que determina la particular regulación legal en tema de capacidad, como más adelante hemos de ver.

(3) ROCA SASTRE, R. M.: *Problemas de la venta de herencia*, Madrid, 1953, p. 9.

(4) MARTÍN LÓPEZ, J.: *Carácter y efectos de la partición de herencia*, en «RDP», 1936, pp. 81 y ss.

(5) Puede verse un resumen de toda esta materia en LACRUZ BERMEJO, J. L., y SÁNCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Elementos de Derecho civil*, V, «Derecho de sucesiones», 1981, pp. 129 y ss.

3. La conmutación de usufructo

a) *En general*

De un modo genérico, el acto de conmutación de usufructo puede ser considerado de modo aislado, como negocio jurídico independiente o integrado dentro de un negocio más amplio de disolución de la comunidad recayente sobre un patrimonio, contemplado o no unitariamente.

El negocio jurídico de conmutación de usufructo sobre un bien concreto en cuya virtud nudo propietario y usufructuario convienen la extinción del derecho del segundo mediante su conversión en el pleno dominio sobre parte del mismo bien o sobre otro, es negocio perfectamente lícito y admisible, al amparo del principio de libertad negocial y de la consideración doctrinal de que la lista de causas de extinción del usufructo del artículo 513 del Código civil no es cerrada y pueden ser admitidos otros supuestos no recogidos en ella (6).

Tal contrato tiene claramente naturaleza de acto de enajenación y exige, por tanto, la capacidad necesaria para este tipo negocial, sin que ninguna razón doctrinal ni legal inclinen a otra solución.

Lo mismo debe predicarse, obviamente, cuando el acto de conmutación se integra dentro de un negocio de disolución de comunidad cuando éste recae sobre un conjunto de cosas que no se consideran unitariamente, sino solamente agrupadas sin pérdida de su individualidad.

Pero no cabe decir exactamente lo mismo cuando el acto conmutativo forma parte de un negocio cuyo objeto es disolver la comunidad existente sobre un patrimonio configurado como una universalidad, pues entonces la naturaleza jurídica de la partición, como negocio general, prima sobre la de los actos concretos que lo componen, quedando absorbida ésta por aquélla, en cuanto la conmutación no es fin en sí misma, sino medio de cumplimiento del objetivo particional, y sin que su propia índole se oponga a la naturaleza específica del negocio de división. Concretaremos estas ideas en la parte final de este estudio.

b) *Supuestos concretos legalmente regulados*

En el Código civil nos encontramos con los siguientes casos objeto de normativa específica:

1. Artículo 839, antes 838.

(6) Cfr. DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, bajo la dirección de Manuel Albaladejo, T. VII, Vol. 1, pp. 400 y ss.

Precepto dotado de una cierta generalidad, regula la concurrencia de cualesquiera herederos y cónyuge, facultando a los primeros para satisfacer al segundo «su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial».

2. Artículo 840.

En su actual redacción contempla el caso de concurrencia del cónyuge viudo con hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos y que sean los únicos herederos forzosos, autorizando al cónyuge a «exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o en un lote de bienes hereditarios».

3. Artículo 820.3.

Que para el caso igualmente general de concurrencia de legitimarios con legatario de usufructo —sea o no cónyuge— concede a los primeros, cuando el valor del usufructo se tenga por superior a la parte disponible, el derecho a «escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador».

4. Aunque no es tema de herencia, es de interés recordar un supuesto de conmutación inverso al que estudiamos regulado actualmente en el artículo 1.407, al dar al cónyuge en la disolución de la sociedad de gananciales la facultad de que se le atribuya, en pago preferente de su haber y a su elección, el derecho de uso o habitación en el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión y, en caso de muerte del otro cónyuge, en la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

5. Prescindimos, dada la limitación del tema, de la posible aplicación del espíritu que inspira la normativa de los artículos 841 y siguientes, en cuanto se refieren a disposiciones del testador o del contador-partidor expresamente autorizado por él.

6. Por último, y por la misma razón, nos limitamos a citar la norma del artículo 88 del Código civil que permite el convenio de sustitución de la pensión fijada judicialmente en separación o divorcio por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

III. LA CONMUTACION EN BIEN NO DINERARIO

1. Posturas doctrinales

El tema de la conmutación del usufructo viudal en general y en bien no dinerario en particular ha sido, por supuesto, estudiado por

la doctrina, centrándose principalmente en la normativa del artículo 838, hoy 839, del Código civil.

De esos trabajos destacamos, por la profundidad de su estudio y por constituir un correcto resumen de toda la cuestión, los de Mezquita y Gullón Ballesteros, quienes sostienen, en la materia que nos ocupa, posiciones contrapuestas.

Mezquita del Cacho (7), tras citar la doctrina mayoritaria en Francia, partidaria de considerar la conmutación del usufructo viudal como acto particional con la consecuente aplicación de las reglas sobre capacidad en materia de particiones, se inclina por estimar que la conmutación del entonces artículo 838 del Código civil «no es estrictamente una operación particional, porque no es, en rigor, negocio jurídico, sino un acto de pago, de satisfacción de un derecho sucesorio singular naturalmente conexo o incidental a la partición, pero independiente de ella». Pero añade que, de todos modos, «no existe diferencia sensible entre la capacidad para el pago de derechos sucesorios particulares y la que se exige para los actos particionales estrictos, por lo cual, en rigor, no tenemos nada que oponer al criterio de la doctrina citada, cuya conclusión, por lo demás, estimamos aplicable a nuestro Derecho».

En cambio, no examina el autor la posibilidad de conmutación en bienes no dinerarios, al centrar su estudio en el precepto legal y entender que «la enumeración de modalidades solutorias de este precepto es de «*numerus clausus*». Se trata de una facultad excepcional y unilateral, insusceptible de ampliación: de lo contrario, el precepto sería inútil. Si caben otras formas —infinitas— de conmutación, su adopción exigirá un acuerdo contractual con el cónyuge superstite, cuya voluntad tendrá, en el acuerdo, la significación negociada de que carece en los actos estrictamente comprendidos en el artículo 838». Y cuando trata de la capitalización en efectivo la refiere al pago de un capital en dinero.

Gullón Ballesteros (8), por el contrario, discrepa de la tesis de la conmutación como acto de pago, entendiendo que es algo más, «en tanto que el cónyuge tiene derecho a algo tan importante como pedir la partición hereditaria y concurrir a la aprobación, en su caso, de la partición»; si bien, ello no quiere decir que la conmutación tenga que efectuarse siempre y necesariamente como operación particional.

Y defiende este autor la posibilidad de conmutación en bienes muebles o inmuebles como algo avalado por el propio Código civil, cualquiera que sea la interpretación que se dé a la expresión «capital en efectivo» del artículo 839. Basándose para ello, de una parte, en que

(7) MEZQUITA DEL CAHO, J. L.: *Conmutación del usufructo viudal común (análisis del artículo 838 del Código civil)*, en «RDN», 1957, enero-marzo, pp. 213 y ss.

(8) GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo*, en «ADC», 1964, pp. 583 y ss.

el entonces artículo 840 permitía a los hijos legítimos satisfacer la cuota de los naturales en dinero u «otros bienes» de la herencia, criterio que, por analogía, es de aplicación aquí, y, de otra, en que si «la conmutación del usufructo legal obedece a la necesidad de que el cónyuge conserve la posición económica que el matrimonio tuvo, parece que en una época amenazada por el fantasma de la inflación resulta más acorde con aquella finalidad la entrega al cónyuge de bienes no expuestos a una desvalorización lenta y progresiva».

2. La jurisprudencia

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta materia en su conocida Sentencia de 28 de junio de 1962.

El supuesto de hecho era el de una partición de herencia con conmutación en inmuebles hereditarios del usufructo viudal y en la que el heredero menor de edad estaba representado por su defensor judicial.

La Sala de Instancia estimó que el concepto «capital en efectivo» del artículo 838 del Código civil debía entenderse como capital en dinero y que el defensor judicial del heredero menor de edad carecía de facultades para hacer o convenir la adjudicación en propiedad de bienes hereditarios y menos de inmuebles a la viuda, considerando que no es un acto estrictamente particional, sino de disposición de ellos sin las formalidades legales.

Y el Tribunal Supremo confirma tal decisión porque «el sentido lexicológico de la expresión “capital en efectivo” no tiene otro alcance que el que la Sentencia recurrida le atribuye», y porque «con relación a las atribuciones del defensor judicial para poder convenir en una adjudicación en pleno dominio de bienes determinados de la herencia al cónyuge supérstite, no se cita con eficacia en el motivo ningún precepto o doctrina legal que lo autorice, pues el artículo 838, único que se aduce como infringido, sólo permite las tres formas de pago que indica, la de la renta vitalicia, los productos de bienes determinados, o el capital en efectivo en el concepto que antes se ha expresado, pero no incluye la que el recurso propugna de la adjudicación en pleno dominio de bienes inmuebles, sólo posible entre herederos mayores de edad conforme el artículo 1.058 del Código, o, a la sumo, en el caso extraordinario... de que todos o en su mayor parte los bienes relictos fueran improductivos».

Gullón (9) critica la doctrina de esta Sentencia, que califica de incongruente, en cuanto no se ve la relación que pueda guardar el supuesto de bienes improductivos con la adjudicación en inmuebles en trance de conmutación. La improductividad será una circunstancia

(9) *Ob. cit., loc. cit.*, pp. 611 y s.

que autorice al cónyuge para pedir la conmutación, de acuerdo con el 839, pero no es, en sí misma, la razón de la admisión de esta forma de conmutación que, como hemos visto, este autor acepta.

Suele citarse también la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1960 en cuanto niega al Contador partidador la facultad de conmutación, de lo que quiere deducirse que el acto de conmutación no es acto de partición. Sin embargo, y aun siendo, por supuesto, correcta la doctrina de tal Sentencia, no lo es esa interpretación, ya que el hecho de que el Contador partidador no tenga la facultad de realizar la conmutación en ninguna forma, admitida o no por el artículo 839 del Código, no es una cuestión de capacidad, sino simplemente de competencia: en modo alguno puede el Contador partidador —o el albacea— tomar una decisión, la de conmutar, que no le compete, sino que corresponde a los herederos, conjuntamente o no, según el caso, con el viudo.

3. Teoría que se sostiene

a) *Expresión general*

La tesis que aquí se defiende discurre por el siguiente camino argumental:

1. El artículo 839 del Código civil es un precepto excepcional, en cuanto confiere a una sola de las partes interesadas, los herederos, las facultades de decidir la conmutación y elegir el medio de efectuarla, necesitando únicamente el común acuerdo, de herederos y cónyuge, para las valoraciones del usufructo y del objeto con que se le sustituye; en este sentido, la mejor doctrina y, desde luego, los dos autores antes citados.

2. Por ello, en el supuesto que este precepto regula, no caben más medios de conmutación que los que él mismo establece; y si bien es correcta la crítica antes recogida de Gullón a la Sentencia de 28 de junio de 1962, es lo cierto que la locución «capital en efectivo» no permite gramaticalmente acoger en ella a bien distinto del dinero.

3. De todos modos, debe quedar claro que el acto de conmutación dentro de los límites del artículo 839, en cuanto depende de una doble decisión de los herederos acerca de su realización y efectucción, no es «acto de partición» en sentido estricto, pero sí es «acto de la partición» en cuanto se integra en ella.

4. La conmutación en bienes distintos del dinero, por tanto, sólo podrá hacerse cuando exista acuerdo en todo el proceso conmutativo entre herederos y usufructuario. Y ello porque, al rebasar los confines del artículo 839, entran en juego las normas generales de libertad negocial y de forma de cumplimiento de las obligaciones, conforme a las cuales, de una parte, se puede pactar todo lo que no sea contra-

rio a las leyes, a la moral ni al orden público (artículo 1.255 del Código civil), y de otra, nadie puede ser obligado a recibir cosa distinta de la debida (artículos 1.157 y 1.166 del Código civil).

5. Así entendida, la conmutación tiene la amplitud total de que carece la que regula el artículo 839; se refiere a todos los herederos y a todos los usufructuarios, cualquiera que sea su título, legal o voluntario, y a toda clase de bienes, muebles o inmuebles. Pero con una doble limitación: la conmutación debe efectuarse dentro del entero negocio de partición y efectuarse con bienes hereditarios; caso de faltar alguno de estos requisitos será un negocio propio e independiente de la partición y, por tanto, se regirá por su propia normativa.

7. Refuerzan la tesis las siguientes consideraciones:

a) Es de aplicación aquí la misma idea que respecto del artículo 839 defiende Cámara (10), para quien «el fundamento objetivo de la facultad de conmutación se encuentra en el deseo de brindar fórmulas que permitan evitar los inconvenientes que puedan derivarse de una situación de dominio dividido».

La diferencia radica en que en el supuesto del precepto legal es el propio legislador quien previene y resuelve tales inconvenientes, mientras que aquí son los mismos interesados los que valoran su existencia y les dan solución.

b) El argumento de Gullón, antes recogido, referido al artículo 840 del Código civil, adquiere mayor fuerza en la redacción actual de este precepto, al conceder al cónyuge que concurre con herederos forzosos hijos sólo de su consorte y concebidos durante el matrimonio de ambos, el derecho a exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de estos, en dinero o «un lote de bienes hereditarios».

Lo que reconduce la conmutación, para este caso concreto y por norma legal, al negocio de partición, que es aquel en el que se forman los lotes de bienes como concreción de las cuotas abstractas.

c) Lo mismo cabe decir del supuesto que regula el artículo 820.3 del propio Código al conferir a los herederos forzosos, cuando la cuantía consiste en un usufructo cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, la facultad de escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario «la parte» de que podía disponer libremente el testador; o sea, llevando a la partición la solución o pago de la conmutación elegida.

8. En conclusión pues:

El acto de conmutación sobre bienes hereditarios de cualquier naturaleza, voluntariamente acordado y realizado en la partición de la herencia, es acto que se integra dentro de ésta y se rige por la norma-

(10) CÁMARA ALVAREZ, M. DE LA: *Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, en «Centenario de la Ley del Notariado», 1964, Secc. III, Vol. I, pp. 709 y ss., en especial pp. 970 y ss.

tiva a ella aplicable, sin que, al carecer de entidad propia y separada, le afecte ninguna otra norma que, indudablemente, le sería de aplicación si se realizara fuera del contexto particional.

b) *La capacidad*

Así entendido, no hay, en punto a capacidad, norma alguna especial que rija el acto de conmutación, y son de aplicación las reglas generales de la partición de herencia, conforme a las cuales:

1. Basta con que los herederos mayores de edad tengan la libre administración de sus bienes (artículo 1.058 del Código civil).

2. El menor emancipado no precisa de ningún complemento de capacidad al no estar incluida la partición de herencia entre las restricciones del artículo 323 del Código civil.

3. Los menores de edad no emancipados o incapacitados sujetos a la patria potestad, estarán representados por el padre o padres titulares de la misma, o por el defensor judicial en caso de intereses opuestos (artículos 162 y 163 del Código civil), sin que en ningún caso sea necesaria la aprobación judicial (artículo 1.060 del Código civil y Circular de la Fiscalía del Estado de 25 de abril de 1985 y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de abril de 1986).

4. Los sujetos a tutela o curatela son representados por el tutor, curador o defensor judicial según los casos, quienes necesitan de autorización judicial para realizar la partición y la aprobación también del Juez una vez practicada (artículo 271.4 del Código civil).

5. Por el ausente intervendrá su representante, quien no necesita en ningún caso de aprobación judicial (11).

Regulación ésta que es aplicable a todo supuesto de partición convencional cualquiera que sea el acto de conmutación que se integre en ella, tanto si, según la tesis que se defiende, se ampara en el principio general de libertad negocial, como si constituye alguno de los casos regulados por la Ley. Así, para el supuesto del artículo 820.3 del Código civil, Sapena (12) se remite a las reglas generales de capacidad para la partición de la herencia.

(11) Así lo defiende BALLESTER GINER, E.: *Derecho de sucesiones. Aspecto civil y fiscal*, 1988, p. 234, discrepando de la opinión de Roca Sastre para quien la aprobación judicial es necesaria si el representante del ausente no es descendente, ascendiente o cónyuge.

(12) SAPENA TOMÁS, J.: *Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral*, en «RCDI», 1974, pp. 861 y ss.

c) *Refutación de argumentos en contrario*

Ahora bien, la existencia de herederos menores, incapacitados o ausentes, y la concurrencia a la partición de sus legítimos representantes, ¿puede variar estas soluciones?

Distinguiremos los siguientes aspectos:

1.º La naturaleza jurídica de la partición.

El hecho de que en la partición convencional los no capaces estén representados por aquel a quien legalmente le corresponda, no puede hacer variar su naturaleza ni transformarla en acto de disposición. Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1962, aun cuando de modo incidental, asimila la partición del artículo 1.058 del Código civil con la del 1.060, considerando que ambas tienen naturaleza contractual y están sujetas a los principios generales del régimen de los contratos.

2.º El artículo 1.061 del Código civil.

Impone este precepto que «en la partición de herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie».

El estudio de esta norma se ha hecho fundamentalmente por la doctrina en sede de partición por comisario mientras que en tema de partición contractual suele afirmarse, sin más, que no rige cuando ésta se verifica por los herederos mayores y capaces (13), dando a entender que sí es aplicable en los demás supuestos de partición convencional y, por tanto, en caso de intervención del representante legal de menores, incapaces o ausentes.

Hoy, sin embargo, tras la reforma del artículo 1.060 del Código por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la amplia interpretación que a él dan la antedicha Circular de la Fiscalía del Estado y la Dirección General de los Registros y del Notariado, no es totalmente seguro que pueda defenderse ese criterio, al menos en los supuestos que caen en el campo de aplicación de ese artículo.

Pero, aun con independencia de ello, no debe darse al precepto en su empleo una rigidez que en absoluto resulta de su mismo texto.

Así, Vallet de Goytisoló (14) nos dice que «los mismos términos del artículo 1.061», «posible igualdad», «evidencian que la norma no tiene un carácter absoluto. Quiere el precepto que cada heredero obtenga bienes de cada clase según la diversa naturaleza de los que integren la masa hereditaria, pero supeditado ese criterio a la posibilidad que determinen sus mismas circunstancias»; lo que, como señala el mismo autor, viene confirmado respecto de la mejora al remitirse a

(13) Así, por ejemplo, LACRUZ BERMEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Elementos de Derecho civil, Derecho de sucesiones*, 1981, p. 142.

(14) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, I, p. 874.

ese artículo —y al 1.062— el 832 del Código «en cuanto pueda tener lugar... para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes».

Y de ahí, la amplia interpretación que a la norma da la jurisprudencia del Tribunal Supremo (15).

Evidentemente, esto es así. El artículo 1.061 lo que hace es fijar un principio general: debe procurarse la igualdad en la composición de los lotes en cuanto sea posible; y da un medio: hay que atender a las características de los bienes que integran el caudal hereditario y, concretamente, a su naturaleza, su calidad y su especie, complementado (artículo 1.062) por su divisibilidad material o económica.

Y si bien los términos «naturaleza» y «especie» tienen carácter objetivo, no así el concepto «calidad», cuyo amplio significado queda a la interpretación de los intervinientes en la partición, obligando a todos aunque, sin perjuicio, naturalmente, de la posible impugnación posterior, incluso por vía de rescisión por lesión, por el que se considere perjudicado en su derecho.

En definitiva, pues, la partición convencional con intervención de representantes legales de herederos es válida y eficaz frente a todos. Sin que a nadie le sea posible enjuiciar, salvo impugnación por algún interesado, el modo o grado de cumplimiento de las prescripciones del artículo 1.061 del Código.

Postura diferente parece sostener, sin embargo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de noviembre de 1986, que, en un supuesto de división de cosa común en la que ésta se adjudica íntegramente en pleno dominio a uno de los copropietarios a calidad de abonar a los demás su parte en metálico, siendo unos de ellos menores de edad representados por su madre, usufructuaria a su vez de la cuota de éstos, afirma que «es doctrina reiterada de esta Dirección General, resultante de los artículos 1.059 a 1.062 del Código civil, la de que en las particiones debe salvarse, siendo posible, la homogeneidad de los lotes, y que sólo en los casos de indivisibilidad o “grave desmerecimiento” puede excepcionarse aquella regla, sin que por ello se altere la naturaleza del acto que seguirá siendo particional; mas cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezca a las razones objetivas apuntadas, sino a la libre voluntad del o de los otorgantes, la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en el régimen jurídico aplicable, y en especial y por lo que al supuesto debatido se refiere, en materia de capacidad y representación».

Pero, dejando aparte la crítica negativa que la Resolución merece, lo bien cierto es que no afecta a la tesis que aquí se sostiene dado el supuesto de hecho a que se refiere, en cuanto, de una parte, se

(15) Cfr. SS. de 16 de junio de 1902, 30 de enero de 1951, 13 de junio de 1970, 8 de febrero y 30 de noviembre de 1974 y 25 de junio de 1977.

trata de división de cosa común y no de un patrimonio, y, de otra, es un caso regulado por el artículo 1.062 y no por el 1.061.

3.º La intangibilidad de la legítima.

En el caso de que el heredero gravado con el usufructo que en trance de partición se conmuta sea legitimario, puede plantearse la cuestión de si ello afecta al principio de intangibilidad de la legítima.

Claro está que no se produce con la conmutación ningún ataque a la legítima. Sin necesidad de entrar en la naturaleza y función de la legítima, es lo cierto que la partición convencional realizada por el representante legal del heredero que es a la vez heredero forzoso equivale a la realizada por el heredero mismo, y, por tanto, es una división libremente consentida en que cada heredero recibe los bienes en que se concreta su cuota, forzosa o no, en cuantía y en composición, sin que pueda existir, pues, violación de la intangibilidad, cuantitativa o cualitativa, de la legítima, ni directa ni indirectamente, dado que el heredero forzoso recibe en pago de su cuota bienes de la herencia, y la conmutación del usufructo se realiza igualmente con bienes hereditarios. Tanto es así, que de ningún modo puede decirse, a efectos de reserva viudal, que el cónyuge cuyo usufructo se conmuta recibe los correspondientes bienes de los herederos o de los parientes del difunto en consideración a éste, como acertadamente rechaza Puig Brutau (16).

4.º La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962.

Por último, tampoco es argumento en contrario esta Sentencia, que antes hemos recogido extensamente.

Y no lo es, además de por las razones que hemos visto expone Gullón, porque aun cuando emplea expresiones de gran amplitud («hacer o convenir la adjudicación», «convenir en una adjudicación»), lo bien cierto es que todo el fundamento de la decisión se basa en la inaplicabilidad del entonces artículo 838 del Código, «único que se aduce como infringido», mientras que la tesis que aquí se mantiene se apoya y cimenta en otras normas legales y excluyendo precisamente la aplicación de ese artículo.

d) *La representación voluntaria*

Si en la partición de herencia en la que se integra la conmutación de usufructo concurre algún interesado por medio de representante voluntario, la normativa de los artículos 1.712 y 1.713 del Código civil, vista a la luz de las ideas expuestas, nos lleva a las siguientes conclusiones:

1.^a El poder general es bastante en cuanto comprende todos los negocios del mandante.

(16) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, 1964, V, III, p. 256.

2.^a El poder especial para partición de herencia es suficiente, aun cuando no mencione expresamente la facultad de conmutar, dado que la conmutación es acto de la partición integrado en ella.

3.^a El poder concebido en términos generales es también bastante en cuanto comprende los actos de administración, no siendo la partición de herencia acto de enajenación.

En cuanto a la forma del apoderamiento, la aplicación del artículo 1.280.5 del Código civil determina la necesidad de que se solemnice en escritura pública.

Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición (*)

Por RAFAEL LINARES NOCI

Profesor titular interino de Derecho civil. Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. LOS CONFUSOS PRINCIPIOS DE LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA».—A) *Herederos forzosos: una condición legal.*—B) *Herederos forzosos: una expresión legal.*—C) Sus distintas consecuencias.—II. UNA POSIBLE IDEA PARCIAL DE LA PRETERICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.—A) *Una aproximación al tema.*—B) *La institución de los herederos forzosos causa de la preterición.*—a) Una posible explicación: la vinculación forzosa de la legítima.—1. Su coherencia para la teoría del heredero forzoso como título de adquisición.—C) *Viabilidad de aquella idea parcial de la preterición en el Código civil.*—a) Reflexiones sobre su inviabilidad.—III. UN NUEVO CONCEPTO DE LA PRETERICIÓN.—A) *Planteamiento previo.*—B) *Diversidad de títulos de disposiciones: teorías sobre los mismos.*—a) Particular estudio de algunos supuestos relevantes para la preterición.—1. Incompatibilidad entre heredero y legitimario: razones en contra.—2. El legado sin finalidad determinada: su acumulación o su imputación.—3. La donación inter-vivos: suficiente o no para eludir la preterición.—C) *La falta de unanimidad y el exceso de prudencia: sus consecuencias.*—a) Divergencias de la doctrina científica.—b) Los cautelosos pronunciamientos del Tribunal Supremo.—IV. LA DESHEREDACIÓN, UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA PRETERICIÓN.—A) *El desdoblamiento de una figura.*—B) *Desheredación injusta: una institución fronteriza.*a) La privación expresa: un criterio a seguir.—b) El testamento: un medio o único medio de manifestarse.—V. APARENTE CLARIDAD Y REAL CONFUSIÓN.—A) *La línea recta.*—B) *Los textualmente omitidos.*—C) *Un heredero forzoso «sui generis»: planteamientos a que dio lugar.*—a) Una postura a considerar.—VI. DISTINTOS MEDIOS, IDÉNTICO PROPÓSITO.—A) *La controversia entre dos instituciones: argumentos que se manejaron.*—B) *Reflexiones sobre algunos supuestos en los que*

(*) Este trabajo que ahora publica el «ADC» forma parte de la obra «La preterición de legitimarios en el Código civil», que como tesis doctoral, dirigida por el Profesor Doctor José Manuel González Porras, presentó don Rafael Linares Noci en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba el 23 de octubre de 1987.

se dio la controversia.—a) La premeriencia del instituido: un hecho con solución alternativa.—b) La desheredación de un legitimario: una razón favorable a la preterición.—c) La incapacidad: otro supuesto a considerar.—VII. LAS ESCASAS REPERCUSIONES DE UNA REFORMA NORMATIVA.—A) *Supresión y ampliación: simple reconocimiento legal de tesis precedentes.*—B) *Discrepancias y continuidad: pruebas de una insuficiencia.*—C) *Conceptos de la preterición: reflejo de coincidencias y divergencias.*—D) *Las soluciones de la doctrina jurídica: una confirmación de la cicatería de la reforma.*—E) *Tácita: una nota de dudoso valor distintivo.*—a) Una primera impresión: incontrovertida vigencia de dos términos contrapuestos.—b) Un paso más: la comprobación del término relativo a la preterición.—1. Una encrucijada de significados: la elección de una vía.—2. Las incongruencias de una expresión: privación tácita.—3. Objeciones a la calificación de la voluntad.—4. Una fisura en los inconvenientes: espejismo de unas acepciones.—5. Reflexiones sobre el alcance de los términos utilizados.—VIII. CONTENIDO DEL TÍTULO DE ATRIBUCIÓN: UN NUEVO ÁNGULO DE CONOCIMIENTO DE LA FIGURA EN ESTUDIO.—A) *Dinero hereditario: único contenido de los títulos de disposición.*—a) La institución de heredero: dificultades para su admisión y efectos que produce.—b) El legado: su aparente crisis para evitar la preterición.—1. La contradicción de la solución apuntada con algunas de las razones alegadas.—2. El reparto igualitario: una objeción a la crisis propugnada.—3. La mejora: su inadaptación al aislamiento institucional.—c) La desaparición de la cosa legada: un argumento para distintas teorías sobre la preterición.—1. La comprobación de las teorías mediante los requisitos aceptados y los deberes exigidos.—2. Consideraciones, respuestas y preceptos: una adición de signo negativo.—d) Una institución sin posibilidades reales de aplicación independiente.—B) *Metálico extrahereditario: sus dificultades como contenido de la institución de heredero.*—a) Diferencias doctrinales: origen de una nueva determinación.—b) El reconocimiento de la donación *inter vivos*: un argumento con fuerza expansiva.—IX. REBATIR Y GENERAR TEORÍAS: DOS ASPECTOS DESTACABLES DEL INSTITUTO DE LA PRETERICIÓN.—A) *Cuota reservada y cuota de legítima, una distinción difícil de coordinar con la figura objeto de análisis.*—B) *Polémica doctrinal: una constante nuevamente confirmada.*—a) La revocación del legado: desheredación o preterición.—1. Indisponibilidad posterior: sus consecuencias.—2. Revocación y disposición: dos actos en contra de la preterición.—3. Diferencias previas: razones y clave de una solución.—C) *Los efectos de la indignidad sucesoria: su importancia para la compatibilidad de dos figuras.*—a) El conocimiento del derecho a la legítima en el sucesor indigno: una posición discutible.—b) Los descendientes del indigno: susceptibles o no de preterición.—1. La falta de disposición en favor de los descendientes: dos opciones para no considerar la preterición.—2. Un supuesto difícil de excluir de la preterición.—D) *Dos vertientes doctrinales de los efectos de una misma institución.*

I. LOS CONFUSOS PRINCIPIOS DE LA SUCESION «MORTIS CAUSA»

El Código civil español, con cuya promulgación el 26 de mayo de 1889 se materializaban las aspiraciones jurídicas de sus defensores a la vez que se mantenían, o incluso acentuaban, las reservas respecto al mismo de sus detractores (1), dio paso a acentuadas controversias, parte de las cuales afectaron, como no, a la materia sucesoria, y unas en mayor medida y otras en menor al instituto que nos ocupa en este trabajo.

Por ser presumiblemente atinada la observación (2), de que en materia de sucesión *mortis causa* el Código civil se inspiraba tanto en principios sucesorios romanos como germanos, su publicación desencadenó una toma de posiciones, en torno a dos planteamientos que resultaban opuestos, que eclipsó, al menos en principio, la polémica que fue formulada, en líneas generales, bajo este interrogante: ¿debía ser o no instituido heredero el legitimario por el causante para evitar su preterición?, había sido hasta ese momento, y fundamentalmente desde las Partidas, tradicional entre los autores (3).

A) Herederos forzosos: una condición legal

Uno de aquellos planteamientos (4) mantenía que los herederos forzosos debían considerarse, en virtud de que la ley así los llamaba,

(1) Para más datos, ver LASSO GAITE: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historias del Código)*, Vol. 1, Madrid, 1979, pp. 630 y ss.

(2) CASTAN TOBEÑAS: *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Madrid, 1960, pp. 34 y ss., en las que recoge también las opiniones de otros autores sobre el tema.

(3) Ese originario planteamiento, tras la publicación del Código civil, sólo muy tímidamente se mantuvo por algún autor como le ocurre a PÉREZ ARDA: *Preterición testamentaria parcial*, en «R.G.L.J.», T. 122, 1983, p. 256, cuando afirma: «Ese precepto legal (se refiere al artículo 1.037 del Código civil) es para el supuesto en que no haya preterición de ninguna clase, para cuando el testador, además de instituir heredero al legitimario, le lega; y el 815 es para el caso en que exista preterición para cuando el testador legue, pero no instituya el heredero forzoso.»

(4) Defendido entre otros por: SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, T. 6, Vol. 2, 2.ª ed., Madrid, 1910, p. 792. ORTEGA PARDO: *Heredero testamentario y heredero forzoso*, en «A.D.C.», T. 3, Fas. 3, 1950, pp. 336 y ss. GÓMEZ MORÁN: *De la legítima y de los legitimarios*, en «R.G.D.», núm. 5, 1948, pp. 659 y ss. GÓMEZ MORÁN: *El usufructo viudal en el Código civil*, en «R.G.L.J.», T. 185, 1949, pp. 311-312, matiza su postura al afirmar que el cónyuge sobreviviente no tiene la consideración de heredero del cónyuge premuerto ya que sólo ostenta un derecho de crédito frente a la sucesión. BORRACHERO, B.: *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, en «R.D.P.», T. 39, 1956, PP. 361 y ss. CASTAN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., T. 4, Madrid, 1944, p. 488, mantiene, aunque no con un carácter absoluto, que el legitimario es heredero. Asimismo, ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, Vol. 4, Sucesiones, Madrid, 1957, p. 276, afirma que la tesis tradicionalmente mantenida por nuestra doctrina desde la promulgación del Código civil fue la de considerar al legitimario como un heredero.

en todo caso como tales herederos: afirmación, claramente basada en principios sucesorios del Derecho germano, completada con aquella otra que, en las palabras «por cualquier título» contenidas en el artículo 815 del Código civil, veía una concreta manifestación de la genérica facultad particional, otorgada al testador por el artículo 1.056 del mismo Código, que le permitía atribuir la legítima *in natura* o en bienes determinados, pero no alterar aquella condición legal (5).

En resumen, para los defensores de la citada tesis, la expresión «herederos forzosos», reiteradamente utilizada por el Código (6), tenía, entendida literalmente, pleno sentido jurídico. Además consideraban, lo que reforzaba la anterior afirmación, que dicha cualidad (la de heredero forzoso) no se modificaba por razones como éstas:

- Tener aquél una responsabilidad *cum o pro viribus hereditatis* (7).
 - Recibir un haber que consista en una parte líquida de la herencia (8).
 - Atribuirsele un legado en pago de su legítima (9)
 - Haber sido instituido heredero testamentario (10).
 - El contenido de los artículos 886 y 818 del Código civil sólo ponían de relieve que el interés del legitimario es anterior al de los instituidos en el testamento y posterior al de los acreedores de la herencia, pero no que aquél no es heredero (11).
- Si bien reconocían que la condición de heredero forzoso presentaba algunas particularidades con respecto al testamentario.

B) Herederos forzosos: una expresión legal

El segundo planteamiento entendía, por contra, que el llamado por el Código civil heredero forzoso no era un heredero que tuviera por ley atribuida esa cualidad. Conclusión respaldada por toda una serie de argumentos que llevaban a las siguientes afirmaciones:

- El legitimario sólo puede exigir su legítima y esto no es una cualidad como la de heredero (12).

(5) ORTEGA PARDO: *Op. cit.*, pp. 340 y ss. A conclusión prácticamente igual llega GÓMEZ MORÁN: *De la legítima y de los legitimarios*, en «R.G.D.», 1948, núm. 5, pp. 664 y ss.

(6) Entre otros, en sus artículos 806, 807, 814, 815, 816, 817 y 820.

(7) GÓMEZ MORÁN: *Op. cit.*, pp. 659 y ss.

(8) GÓMEZ MORÁN: *Op. cit.*, pp. 659 y ss.

(9) GÓMEZ MORÁN: *Op. cit.*, pp. 664 y ss.

(10) ORTEGA PARDO: *Op. cit.*, pp. 348 y ss.

(11) ORTEGA PARDO: *Op. cit.*, p. 356.

(12) DAVILA GARCÍA: *Herederos y legitimarios*, en «R.C.D.I.», 1943, p. 665. STS de 14 de marzo de 1916 afirma que jurídicamente son distintos los conceptos de legitimario y heredero, carácter que sólo pudo tener dicha recurrente por ser la única así nombrada en el testamento de su padre.

— El Código civil no admite el heredero forzoso ni como heredero que la ley obliga a instituir al causante ni como heredero al que ésta le asigna directamente esa condición con independencia de la voluntad de aquél, como se desprende de algunos artículos, como el 763 y 815 del Código civil (13).

— El Código civil no contiene vocación forzosa alguna en favor de ningún legitimario excepto el cónyuge viudo, pues la legítima jurídicamente sólo supone una serie de limitaciones dispositivas (14).

— Los llamados por el Código civil herederos forzosos sólo tienen de herederos el nombre, pues en realidad sólo son acreedores de la herencia (15).

— Los derechos que la ley reserva a los herederos forzosos no son una forma especial de sucesión, sino una limitación legal impuesta a la libertad de testar (16).

Afirmaciones que resultaban, aún compartidas, insuficientes, pues en el mejor de los casos sólo servían para rechazar la tesis que veía en el legitimario un heredero designado directamente por la ley, pero no ofrecían por sí mismas una solución alternativa a la que rebatían. La misma (17), ofrecida lógicamente por la doctrina que compartía la segunda posición, se construía principalmente sobre la expresión «por cualquier título» recogida en el artículo 815 del Código civil, pero entendida ahora como que el testador podía atribuir la legítima a los llamados herederos forzosos, por vía de herencia, legado o incluso donación *inter-vivos*, sin necesidad, por tanto, de instituirlos herederos. En definitiva, se daba así, aunque mediante un rodeo, una res-

(13) Para más argumentos en favor de esa afirmación ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «R.D.P.», T. 28, 1944, pp. 178 y ss; *Estudios de Derecho privado, II. Sucesiones*, Madrid, 1948, p. 144, califica la expresión «herederos forzosos» como una imprecisión terminológica del Código civil.

(14) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 4, p. 1451. En el mismo sentido, *Idem*, *Op. cit.*, en «A.D.C.», 1952, T. 5, Fas. 3, p. 867.

(15) VIRGILI SORRIBES: *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, en «R.C.D.I.», T. 21, 1945, p. 485.

(16) OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, pp. 12 y ss. En muy parecidos términos, ESPIN CÁNOVAS: *Derecho civil español*, Vol. 5, Sucesiones, Madrid, 1957, p. 268.

(17) Partidarios de esta solución eran, entre otros, DÁVILA GARCÍA: *Op. cit.*, p. 665. ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «R.D.P.», 1944, T. 28, pp. 181 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Imputación de legados otorgados a favor de los legitimarios*, en «R.D.P.», 1948, p. 327, si bien matiza que originariamente el legitimario es un heredero porque la ley lo llama con ese carácter, aunque autorice al testador para otorgar la legítima por título distinto. *Idem*: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479. *Idem*: *Loc. ult. cit.*, en «A.D.C.», 1952, T. 5, Fas. 3, p. 835. VIRGILI SORRIBES: *Op. cit.*, p. 489. MUCIUS SCAEVOVA; *Código civil comentado y concordado*, 4.ª ed., Madrid, 1944, T. 14, pp. 423 y ss. FUENMAYOR: *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria*, en «R.G.L.J.», T. 179, 1946, pp. 71 y ss. Postura reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo en sentencias como las de: 16 de enero de 1895, 17 de junio de 1908, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932.

puesta, inspirada en principios de la sucesión romana, a aquella interrogante que había quedado inicialmente eclipsada.

C) Sus distintas consecuencias

Ante los dos grandes planteamientos aludidos, la interrogante que surge en relación con la figura que estudiamos es la siguiente: ¿que supondría, para la preterición de la que habla el artículo 814 del Código civil, considerar acertado uno u otro?

La respuesta a la pregunta formulada, por las líneas generales de cada uno de los planteamientos, difícilmente podrá ser unívoca. El primero admitía, por la interpretación que hacía del artículo 815 del Código civil, que la libertad del testador, cuando de herederos forzosos se trataba, se refería únicamente a la participación del caudal hereditario para el pago de la legítima; sin que ello afectara, por venir imperativamente establecido por la ley, ni al título en virtud del cual se adquiría, que sería siempre el de heredero forzoso, ni a su cuantía.

El segundo, que aquella libertad comprendía no sólo la reconocida al testador por el anterior, sino además la de elegir, por el distinto significado que daban a aquel artículo, el título en virtud del cual el legitimario percibiría su legítima, si bien al igual que aquél entendía inalterable la cuantía de ésta.

II. UNA POSIBLE IDEA PARCIAL DE LA PRETERICION EN EL CODIGO CIVIL

A) Una aproximación al tema

La regulación en el artículo 814 del Código civil de los efectos de la preterición suponía, para los defensores de la primera teoría, la necesidad no sólo de reconocer la existencia de aquella figura en nuestro Derecho, sino además que la misma resultara acorde con los principios que ellos mismos habían formulado. De acuerdo con esto, la preterición, a nuestro parecer, sólo podría tener el siguiente significado: el reconocimiento de que tanto la condición de heredero forzoso como la cuantía a la que ascendía la legítima no podían ser modificadas por el testador (salvo en la referente a la posibilidad de mejorar), al fijarlas la ley imperativamente, implicaba admitir que sobre éste existían dos deberes, de signo negativo e íntimamente conectados entre sí, que se concretaban en no disponer ni por vía de herencia ni de legado, ni en favor de herederos forzosos ni de quienes no lo fueran, del *quantum* al que ascendía la legítima. Por tanto, la preterición surgiría, al igual que en otros momentos históricos, cuan-

do el testador contraviniese el cumplimiento de alguno de ellos. En otros términos, ahora el causante incurriría en preterición al disponer de la legítima, por vía de herencia o de legado, en favor de los herederos forzosos o de quienes no lo fueran. Afirmación que precisa un estudio más detenido que nos permita llegar hasta sus últimas consecuencias.

En una primera aproximación al citado aserto se observa sin mayor dificultad dos grandes posibilidades bien diferenciadas de incumplimiento, por parte del testador, del deber que desencadenaría la preterición. En efecto, conforme al planteamiento realizado, resultan evidentes dos supuestos notablemente distintos:

El primero comprendería aquellos casos en los que el testador había dispuesto, a título de herencia o de legado, de la totalidad de la legítima en favor de quienes no eran herederos forzosos. Cuando así ocurría, pensar en la figura de la preterición tal y como la hemos planteado, no resulta forzado al suponer aquellas disposiciones testamentarias la omisión del cumplimiento de un deber de no disponer que privaba de la legítima a quienes tenían, atribuida por ley, la condición de herederos forzosos.

El segundo, más difícil de entender dentro de una posible idea de preterición, acogía por contra aquellos casos en los que el testador había dispuesto, por vía de herencia o legado, de la cuota legítima en favor, y aquí aparece la dificultad, de los herederos forzosos.

B) La institución de los herederos forzosos causa de la preterición

Ante lo dicho en último lugar cabe pensar que en ese caso carecería de sentido afirmar que se había producido, como en el primer supuesto, la preterición de los herederos forzosos, por cuanto éstos percibirían, si bien por testamento, idéntica porción de la legítima que la que hubieran recibido directamente por ley en virtud de la condición que la misma les daba. En definitiva, si éstos no eran privados de su legítima a pesar de que el testador omitía cumplir el deber de no disponer de la misma, no tenía mucho sentido afirmar que en esos casos también se producía la preterición de aquéllos; o incluso entendida con rigor la formulación inicial se podría pensar que existía, al incumplirse un deber, preterición. Pero, aún así, qué efectos, como consecuencia de la misma, se podían proyectar sobre un testamento que lejos de privar de la legítima a quienes tenían derecho a ella, se la atribuía; es decir, que no sólo no incumplía, sino que, en apariencia al menos, reforzaba la regulación legal sobre la materia.

a) *Una posible explicación: la vinculación forzosa de la legítima*

De acuerdo con el planteamiento hecho, conforme con la teoría inspirada en principios sucesorios germánicos, la preterición sólo tendría sentido cuando el causante dispusiera de la legítima en favor de quienes no eran considerados herederos forzosos. Sin embargo, mantener esa afirmación supondría ignorar al *intringulis* oculto a primera vista.

Si se profundiza en aquella teoría y en esta afirmación se observa que se produce entre ellas una importante contradicción. Como se recordará, la teoría citada venía a reconocer, aunque no lo hiciera expresamente, junto a la sucesión testamentaria y la *ab intestato* del Código civil, un tercer tipo: la forzosa. Sucesión esta última que se hacía patente en el mismo a través de la expresión «herederos forzosos» reiteradamente utilizada. Pues bien, si así se entiende, es decir, si se considera que cuando el Código habla de herederos forzosos no comete una imprecisión terminológica, sino por el contrario emplea el mismo con pleno sentido por aludir con él a un título (el de heredero forzoso), aunque peculiar por pertenecer a un tipo de sucesión distinto de la testada o intestada, suficiente para adquirir *mortis-causa*, se tiene que admitir necesariamente para sostener esas afirmaciones, aun cuando no se diga de manera expresa, que la porción legitimaria se encuentra vinculada forzosamente por la ley a dicho título; en otros términos que éste no sólo era el único título por el que la ley permitía adquirir aquélla, sino que además sólo servía para esa adquisición. De no ser así, si se desvincula en cualquier caso al uno de la otra, aquella teoría, formulada sobre principios sucesorios germánicos, se vendría abajo al quedar aquella condición, la de herederos forzosos, vacía de contenido al no concederle la ley otra función que la de atribuir directamente la legítima a los legitimarios. Por tanto, quienes defendían que la de heredero forzoso era cualidad, otorgada por la ley, bastante para adquirir la legítima tenían que reconocerle esta sola finalidad y además que era la única en virtud de la cual aquélla se podía adquirir, porque de permitir su adquisición por cualquier otro título que no fuera aquél, harían posible que el causante en su testamento dispusiera, aún en favor de los herederos forzosos, de la legítima; que ésta, por tanto, la recibieran como sucesores testamentarios y no como forzosos, con lo que quebraría la idea que mantenían respecto de la existencia en el Código de una sucesión forzosa, como tercer genero sucesorio diferenciado de los otros dos. Y aún en el caso de que aquél no dispusiera de aquélla pudiéndolo hacer, lo lógico sería dar entrada a la sucesión intestada y no a la forzosa, que se debía de considerar como inexistente al reconocer sobre la porción legítima facultades dispositivas al causante.

En resumen, que de acuerdo con las formulaciones de aquella teo-

ría la preterición debía aparecer tanto si se disponía de la legítima en favor de los herederos forzosos como de quienes no lo fueran.

1. Su coherencia para la teoría del heredero forzoso como título de adquisición

La concepción parcial que de la preterición hemos dado, por faltar su conexión con otras figuras que como la desheredación sirven para dar una visión completa de la misma, no entra en oposición con los planteamientos que nos ofrecían quienes reconocían en el heredero forzoso una condición atribuida por la ley para adquirir la legítima. Si recordamos, los autores que propugnaban esta tesis afirmaban que la cualidad del heredero forzoso no variaba por recibir un legado o ser instituido heredero testamentario para el pago de su legítima (18), pero no reconocían, porque de hacerlo habrían incurrido en las contradicciones que hemos expuesto, a ese legado o a esa institución en los que se contenía la legítima un valor dispositivo respecto de la misma, sino que, por la interpretación que hacían del artículo 815 del Código civil, los consideraban como actos de un simple valor particional; o lo que es lo mismo, coherentes con su teoría afirmaban que la ley era siempre la que disponía de la legítima en favor de quienes exclusivamente tenían, por ella concedido, el título necesario (heredero forzoso) para adquirirla: los legitimarios. De esa manera aquella siempre se adquiría en virtud de éste, por lo que el testador respecto de la misma sólo le quedaba una facultad particional, pero no dispositiva, y ésta aún utilizada no afectaba nunca a la condición de heredero forzoso del legitimario (19).

C) Viabilidad de aquella idea parcial de la preterición en el Código civil

¿Resultaba posible la idea de preterición que hemos dado dentro del citado cuerpo legal?

Un primer acercamiento al tema permite afirmar, en base no sólo a la insistencia con la que en aquél se utiliza la expresión herederos forzosos, sino además por la redacción de algunos de sus artículos como el 806 en el que se afirma: «Legítima es la porción de bienes de que el testador *no puede disponer* por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos», aserto en apariencia confirmado a *sensu contrario*, aunque sólo respecto de

(18) Para más datos, ver notas 9 y 10.

(19) ORTEGA PARDO: *Loc. ult. cit.*, pp. 348 y ss.

la legítima estricta, por el artículo 808 del mismo Código cuando sostiene en su párrafo 2.º: «*Podrán éstos disponer (se refiere al padre o la madre) de una parte de las dos que forman la legítima (lo que parece indicar que de la otra no podrán realizar acto alguno de disposición) para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos*», que efectivamente en el Código civil resultaba viable aquella configuración que se ha visto del instituto de la preterición. No obstante, esa primera impresión, favorable a reconocer, sino una exacta coincidencia, entre la formulación hecha del citado instituto con la que del Código se podía extraer, si al menos la posibilidad de que así fuera por ofrecer éste, como hemos visto, puntos de apoyo a dicha formulación, se desvanece si se reflexiona sobre el tema.

a) *Reflexiones sobre su inviabilidad*

A pesar de lo expuesto, a nuestro entender existen obstáculos insalvables para admitir la viabilidad de la citada simbiosis entre la construcción teórica de la preterición y los preceptos del Código, que se concretan en los siguientes:

1.º La conceptualización hecha de la figura que nos ocupa presenta notables diferencias con las que respecto de la misma se habían realizado en nuestra patria desde la publicación de las Partidas. En éstas el eje central lo constituía el deber del testador de instituir herederos a los legitimarios para atribuirles su legítima o el de entregársela por cualquier título.

2.º En la práctica no resulta tan clara la posibilidad de distinguir con tal nitidez el acto parcial del acto dispositivo, fundamentalmente cuando el primero se contiene en el testamento, y, en consecuencia, que pueda darse con una total asepsia del segundo (20).

3.º Si la afirmación anterior de que partición y disposición están, especialmente cuando se hacen en el testamento, íntimamente entrelazadas, hasta el punto de que difícilmente la primera se puede dar sin contener a la vez un acto de disposición, se admite y se conecta con el artículo 668 del Código civil, habrá que entender que si el testador utiliza la facultad particional, que respecto de la legítima le concede, según la teoría citada, el artículo 815, estará a la vez disponiendo y esto sólo lo puede hacer, según aquel artículo, a título de herencia o de legado.

4.º Si lo anterior es cierto, es decir, si cuando el testador parte la legítima, está también disponiendo de ella, difícilmente se podrá

(20) Más datos sobre la posible distinción entre partición en VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 5, Fas. 4, pp. 1417 y ss. ALBALADEJO: *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en «A.D.C.», T. 1, Fas. 3, 1948, pp. 954 y ss.

ver en nuestro Código una sucesión forzosa a no ser que se entienda que lo que es acto de disposición del testador, si es que resulta posible aislarlo del particional, respecto de aquélla es nulo por cuanto la disposición en favor de los herederos forzosos viene hecha imperativa y directamente por la ley.

5.º Aceptada la idea, aunque insistimos sólo parcial, que de la preterición hemos ofrecido de acuerdo con las formulaciones principales de aquella teoría inspirada en principios de la sucesión germana, habrá de admitirse igualmente que el único efecto coherente, para el caso de incurrirse en la misma, será el de la nulidad absoluta de las instituciones que dispongan de la porción legítima, por ser el que únicamente permitirá mantener siempre como forzoso al heredero así calificado por el Código; es decir, el único que resultará válido para defender junto a la sucesión testada e intestada la existencia de una tercera denominada forzosa. De promulgarse como efecto de la preterición la anulabilidad y no la nulidad absoluta se estaría admitiendo la posibilidad de que la legítima la recibieran los legitimarios como herederos testamentarios e incluso legatarios, título que presumiblemente no impugnarían de no perjudicarles en su porción legítima; con lo que el de herederos forzosos no se podría entender como una cualidad adquisitiva de una peculiar forma de sucesión: la forzosa.

6.º Que el artículo 814 del Código civil, al referirse a los efectos que la preterición tendría sobre el testamento, afirmaba: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta..., anulará la institución de heredero.» Proposición última que puede tener dos lecturas:

a) Que la institución de heredero es susceptible de ser anulada por causa de la preterición de un legitimario. En cuyo caso, como ya afirmábamos en el apartado anterior, la cualidad de herederos forzosos de éstos, entendida como manifestación de la sucesión forzosa, desaparecería como tal al permitir que la disposición hecha por el testador de la legítima por vía de institución o de legado fuera válida de no impugnarse por los legitimarios.

b) Que la institución de heredero se considere nula. Efecto que habrá que extender, puesto que el Código no hace excepciones, a toda la institución, lo que provocaría las siguientes consecuencias:

— Caerían tanto los actos de disposición como los particionales, en ella contenidos, aun en el caso de que la institución fuese en favor de los herederos forzosos y la partición no les perjudicara en su legítima.

— Resultaría, como consecuencia de lo anterior, imposible ejercitar, a través de la institución de herederos, la facultad particional que en el artículo 815 se le reconocía respecto de la legítima a los testadores.

7.º El artículo 814 establecía en segundo lugar como efecto de la preterición la siguiente: «Pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.»

Proposición que permite hacer las siguientes reflexiones:

a) Que las mandas (los legados) son válidas, por así decirlo la ley expresamente, aún en el caso de existir la preterición de uno o más herederos forzosos, en lo que no resulten inoficiosas. Dicho de otra manera, si se ha dispuesto mediante un legado de la legítima en favor de un heredero forzoso, y esto, conforme al concepto parcial que de la institución que nos ocupa hemos dado, supondría incurrir en preterición, ésta no provocaría no ya la nulidad, sino ni tan siquiera la anulabilidad del mencionado legado en lo que no fuera inoficioso.

b) Que no se puede entender, en ningún caso, que existe inoficiosidad del legado, como se puede desprender del contenido del artículo 817 del Código civil, cuando el mismo se ha utilizado para atribuir la legítima a un legitimario.

c) Que según lo expuesto en los apartados anteriores se está reconociendo en el testamento una facultad dispositiva y no meramente particional sobre la legítima, pues, de un lado, el Código en su artículo 814 afirma que éste será válido en lo que no sea inoficioso, y, de otro, lo considera en su artículo 668 como un acto de disposición, y no de mera partición, del testador sobre sus bienes.

d) Que si se reconoce valor dispositivo al legado, incluso en el que se dispone de la legítima en cuanto no sea inoficioso, el legitimario recibirá ésta a título de legatario y no de heredero forzoso.

e) En resumen, si es cierto que conforme a la teoría que hemos elaborado el testador incurrirá en preterición si disponía de la legítima mediante un legado, no lo es menos que respecto del mismo la ley afirmaba su validez en lo que no resultara inoficioso (artículo 814), de tal manera que si no lo es no caerá ni en su aspecto particional ni en el dispositivo y si se mantiene habrá que entender que el heredero forzoso recibirá la legítima como legatario, puesto que a ese título dispuso el causante en su favor la legítima. Entendidas así las cosas resultará difícil, por no decir imposible, mantener que el título de heredero forzoso, por imperativo de la ley, es el único en virtud del cual se puede adquirir la legítima, porque en esos casos pasaría a ser una simple forma de denominar a quienes tienen una especial vinculación con el causante, pero no un título por el que como tal se adquiera porción alguna hereditaria forzosa.

8.º Cuando se afirma por una teoría que la legítima la recibe el legitimario siempre por el título de heredero forzoso en virtud del cual la ley ha dispuesto imperativamente de aquélla en favor de quien lo ostenta, de tal manera que cualquier disposición del testador respecto de la misma será radicalmente nula, qué sentido tendría dentro de la misma el instituto de la preterición cuando el mencionado efec-

to se produce igualmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, del Código civil, por el que se declara nulo de pleno derecho el acto que vaya en contra de una norma imperativa. Se podría pensar, no obstante, que la ley, para los casos de preterición y por eso lo regula expresamente, establecía, pues así lo permitía el citado artículo 6.3, *in fine*, del Código civil, unos efectos distintos, del anteriormente citado, recogidos en el artículo 814 del mismo cuerpo legal, pero esto nos llevaría de nuevo al punto de donde partimos.

9.º Se podría también entender que el modo de remover los obstáculos anteriores sería referir la preterición únicamente a aquellos casos en los que se ha dispuesto de la legítima en favor de quienes no son herederos forzosos, pero no cuando se hace en favor de éstos. De aceptarse esa salida habría que afirmar para mantener la coherencia anterior:

a) Que la disposición de la legítima hecha por el testador en favor de un heredero forzoso daría lugar, no a la preterición del mismo, sino en base al artículo 6.3 del Código civil a su nulidad radical.

Pero esta solución provocaría el efecto ciertamente paradójico de que la reacción contra la disposición de la legítima favorable a un legitimario sería más fuerte que si esa disposición se hubiera hecho en favor de quien no lo fuera.

10.º Finalmente cabría admitir que la existencia de la sucesión forzosa en el Código evitaba siempre (incluso cuando se disponía de la legítima en favor de no legitimarlos) por su funcionamiento imperativo, la preterición de los herederos forzosos. Afirmación que dejaría abierto el siguiente interrogante: ¿qué sentido tendría entonces el contenido del artículo 814 del Código civil?

I. UN NUEVO CONCEPTO DE LA PRETERICION

A) Planteamiento previo

Rechazada como admisible, dentro del Código civil, la idea de preterición, expuesta en los apartados precedentes, en la que desembocaba la teoría que consideraba al legitimario investido por ley de la condición de heredero forzoso en virtud de la cual percibía directamente su legítima, hemos de ocuparnos de un estudio más minucioso del segundo planteamiento al que aludíamos, para apreciar la congruencia o no de sus principios con la preterición a la que se refería aquel Cuerpo legal. Si recordamos para esta segunda posición el legitimario no tenía atribuida por ley la condición de heredero forzoso, pues a lo más que llegaba (21) era a reconocerlo como heredero por-

(21) VALLET DE GOYTISOLO: *Imputación de legados otorgados a favor de los legitimarios*, en «R.D.P.», 1948, p. 327.

que la ley así lo llamaba si bien el testador se encontraba, a pesar de ello, autorizado para otorgarle la legítima por título distinto. Esto implicaba que había que dejar a un lado, para construir, conforme a los principios del planteamiento citado, la figura de la preterición a la que se refería el Código, no sólo la idea de heredero forzoso, entendida como una cualidad reflejo de la existencia de un tercer género sucesorio denominado forzoso, sino también la que admitía (22) como un deber del testador respecto de sus legitimarios el instituirlos herederos para el pago de su legítima.

Así, la primera cuestión a resolver para colocar las primeras bases de aquella construcción sería la siguiente: ¿tenía el testador algún deber frente a sus herederos forzosos? Y de ser afirmativa la respuesta, ¿en qué consistiría el mismo?

La contestación a la primera interrogante se puede empezar a elaborar a partir de la afirmación general que, compartida por todos los defensores de la teoría que ahora estudiamos, sostenía, en base fundamentalmente al artículo 815 del Código, que el testador podía atribuir la legítima a los llamados herederos forzosos por cualquier título. La citada aseveración constituía el punto común donde confluían las opiniones de los distintos autores que, al pronunciarse sobre el tema que ahora nos ocupa, habían rechazado la existencia en el Código civil de una sucesión forzosa en sentido técnico, así como la necesidad de que el testador instituyera heredero al legitimario para atribuirle su legítima (23). No obstante, la citada coincidencia no llevaba, como por otro lado era lógico que ocurriera, a una total identidad en el resto de posiciones que tomaban quienes la admitían como válida.

B) Diversidad de títulos de disposición: teorías sobre los mismos

La afirmación básica compartida no parecía en principio encerrar deber alguno del testador respecto a sus legitimarios, sino más bien la concesión de amplias facultades de disposición, del primero sobre la legítima para atribuírsela a los segundos, que se concretaban en las siguientes:

1.º A título de herencia.

Esta primera posibilidad colocada en manos del causante para dis-

(22) Postura tímidamente defendida por PÉREZ ARDA: *Preterición testamentaria parcial*, en «R.G.L.J.», T. 122, 1913, p. 256.

(23) En este último sentido se pronuncian expresamente, entre otros, ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «R.D.P.», T. 28, 1944, p. 183. DÁVILA GARCÍA: *Herederos y legitimarios*, en «R.C.D.I.», 1943, p. 665. VIRGILI SORRIBES: *Herederos forzosos y herederos voluntarios: su condición jurídica*, en «R.C.D.I.», T. 21, 1945, p. 489. En la misma línea las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1895, 17 de junio de 1908, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932.

poner de la legítima, aceptada lógicamente por quienes (24) defendían la teoría que ahora estudiamos, se encontraba sujeta a unos requisitos de carácter general cuyo cumplimiento garantizaba su validez. Estos se concretaban en la necesidad de que la institución, si bien no tenía que someterse, como se desprendía de los artículos 668 y 773.1 del Código civil, a formalidades estrictas, cumpliera al menos las exigencias contenidas en los artículos 750, 772 y 773.2 del citado cuerpo legal, de que se hiciera en favor de persona cierta y determinada o al menos susceptible de serlo (25). Pero salvadas esas normas generales sobre la validez de la institución, aparecían discrepancias como éstas:

— Algunos autores mantenían la incompatibilidad entre la condición de heredero y la de legitimario, alegando unos (26), entre otras razones, que la aceptación de la institución hecha en favor de éste supondría también las de todas las disposiciones o limitaciones que, sobre el patrimonio hereditario, el causante hubiera establecido en su testamento; otros (27) que la condición de heredero hacía desaparecer por absorción la de legitimario, si bien no faltaba (28) quien sostenía lo contrario, es decir, que la condición de heredero y la de legitimario resultaban perfectamente compatibles, y junto a ellos quien (29) consideraba que el legitimario instituido heredero por el causante tendría hasta el *quantum* de su legítima los derechos y obligaciones de cualquier legitimario y en el resto los derechos y obligaciones de un heredero voluntario. Distintos puntos de vista que, salvo el primero, no afectaban especialmente al posible significado de la preterición en la medida en que cualquiera que se aceptara de ellos, suponía en todo caso, siempre que el testador respetara las limitaciones que en esta materia le imponía el Código civil, que el legitimario percibiera, si es que había legítima, su correspondiente cuota legal.

2.º A título de legado (30).

En este caso tendría que cumplir igualmente el legado las normas generales que para su validez establecía el Código civil en sus artícu-

(24) Entre otros, VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, p. 327; *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, pp. 440 y ss., y *op. cit.*, en «A.D.C.», 1952, T. 4, Fas. 3, pp. 835 y ss. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, T. 14 (arts. 806 a 857), 4.ª ed., Madrid, 1944, p. 432. VIRGLI SORRIBES: *Loc. ult. cit.*, p. 489. FUENMAYOR: *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria*, en «R.G.L.J.», T. 179, pp. 71 y ss.

(25) Para más datos sobre estos puntos ver: OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, pp. 195 y ss. ALBALADEJO: *El error en las disposiciones testamentarias*, en «R.D.P.», T. 32, 1948, pp. 434 y ss.

(26) DÁVILA GARCÍA: *Op. cit.*, pp. 664 y ss.

(27) ROCA SASTRE: *Loc. ult. cit.*, pp. 190 y ss.

(28) Mantenido por SOLS: *El heredero: ideas para su estudio*, en «R.C.D.I.», septiembre, 1944. Citado por VIRGLI SORRIBES: *Op. cit.*, pp. 479 y 489.

(29) VIRGLI SORRIBES: *Loc. ult. cit.*, pp. 490 y ss.

(30) Posibilidad admitida con carácter general entre los autores que comparten la teoría que ahora exponemos (ver nota 24), así como por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de enero de 1895, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932, entre otras.

los 750, 862.1, 865 y 875.2, entre otros. Ahora bien, cumplida la normativa general anterior, los problemas se planteaban cuando el testador atribuía un legado al legitimatario, pero guardaba silencio respecto de si con el mismo le pagaba o no su legítima. En opinión de cierto sector de la doctrina (31) el legado, de tales características, que en su testamento el causante dejara en beneficio de un legitimario, debía imputársele a su legítima y no acumularse con la misma.

Por otro lado, si el causante utilizaba esta fórmula: «lo que por legítima le corresponda», para atribuir dicha porción legal al legitimario, se consideró (32) que en tal caso éste recibiría la citada porción como un legado de cuota.

3.º Por una donación del causante.

En estos casos la doctrina mantenía fundamentalmente dos posturas totalmente antagónicas. La primera consideraba que la donación inter-vivos en favor de un legitimario no excluía la preterición, de no recibirse nada a través del testamento (33). La segunda, por el contrario, entendía que la legítima también se podía recibir, y en consecuencia que la preterición se evitaba, con una donación inter-vivos sin necesidad de que se recibiera nada por título testamentario (34). Pero junto a esa dos opiniones encontradas, una tercera (35) afirmaba que la donación inter-vivos en favor de un legitimario eludía la preterición si éste era mencionado en el testamento, al menos para recordar que recibió aquella liberalidad, sin necesidad, por tanto, de atribuirle nada por título testamentario. Todo lo cual indicaba que, a pesar de la discrepancia, las posiciones expuestas coincidían en rechazar la preterición cuando el causante hubiera dispuesto en su tes-

(31) FUENMAYOR: *Loc. ult. cit.*, pp. 71 y ss. De la misma opinión es VALLET DE GOYTISOLO: *Imputación de legados otorgados a favor de los legitimarios*, en «R.D.P.», 1948, pp. 343 y ss., si bien discrepa con el primer autor en que no apoya dicha afirmación directamente en el artículo 815 del Código civil. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1895 cuando afirma: «Imputándola en parte de pago de ella (se refiere a la cuota legitimaria) el importe del legado que le dejó su padre y que debe recibir libre de todo gravamen.»

(32) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 525; *Op. cit.*, en «A.D.C.», 1952, T. 4, Fas. 3, p. 835. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado. II. Sucesiones*, Madrid, 1948, pp. 141 y ss., si bien este autor matiza que en ese caso el legitimario tendría una posición equivalente a la de legatario de parte alicuota, aunque no lo sea, pues eso sería tanto como hablar de un legado legal.

(33) Ese es el parecer de la Memoria del Tribunal Supremo de 1908 recogida por SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, pp. 1137 y ss.; *Idem*, *Op. cit.*, pp. 1131 y ss. PÉREZ ARDA: *Op. cit.*, pp. 252 y ss. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1909.

(34) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., T. 4, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944, pp. 576 y ss. ESPIN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, Vol. 5, Sucesiones, Madrid, p. 334.

(35) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479; *Idem*. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, Las legítimas, Vol. 2, Madrid, 1974, pp. 776 y ss.

tamento de una donación en favor del legitimario para atribuirle su legítima.

4.º Por sucesión *ab intestato*.

Algún autor (36) sostenía que la preterición del heredero forzoso no sólo podía evitarse con la atribución de su legítima correspondiente a título de herencia, legado o donación, sino también, por que así lo permitía el Código, cuando aquélla la recibía a través de los mecanismos de la sucesión intestada. En definitiva, afirmaba (37) que cuando el causante no disponía por testamento de todo su haber hereditario, estaba implícitamente haciendo un llamamiento tácito en favor de los legitimarios, que, en consecuencia, no podrían considerarse preteridos.

Vía de eludir la preterición que encuentra a su favor argumentos como éstos:

1.º No tendría mucho sentido afirmar que cuando el legitimario había recibido, al no disponer el causante en su testamento, de todo el as hereditario, por vía de sucesión intestada bienes suficientes para cubrir su legítima, que aquél había sido preterido; porque en última instancia los efectos establecidos por el artículo 814 del Código civil desembocarían igualmente en la adquisición de la legítima correspondiente por sucesión intestada. En todo caso, lo coherente sería permitir, si es que no había obtenido la totalidad de la cuota que le correspondía por la sucesión intestada, que pidiera en base al artículo 815 el complemento de su legítima.

2.º Que efectivamente, de los artículos 764 y 912.2 del Código civil se desprendería que la próción de herencia de la que no disponía el causante en su testamento, no pasaba a ser titularidad del heredero o herederos en él instituidos, si no que respecto de la misma se abría la sucesión intestada.

a) *Particular estudio de algunos supuestos relevantes para la preterición*

De acuerdo con lo expuesto se puede afirmar con carácter general que el testador eludía la preterición cuando atribuía la legítima por cualquiera de los títulos anteriormente citados, lo que si bien manifestaba una pluralidad de ellos para disponer de aquella en favor de los herederos forzosos, también ponía en evidencia que la expresión «por cualquier título» del ya citado artículo 815 del Código civil no se podía entender cómo: «de cualquier manera»; o lo que es lo mismo, que el testador tenía, para evitar la preterición, que cumplir el

(36) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479; *Idem*, *Op. cit.*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 4, pp. 1366 y ss.

(37) VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, pp. 1366 y ss.

deber de atribuir, por alguno de los títulos mencionados, la porción legítima a los legitimarios. No obstante, según se compartieran o no algunas de las teorías que con anterioridad han sido mencionadas el concepto de preterición, desde donde ahora lo estamos contemplando, resultaría más o menos amplio.

1. Incompatibilidad entre heredero y legitimario: razones en contra

El corolario, de la teoría (38) que afirmaba la imposibilidad de que el legitimario pudiera mantener esa condición si había sido designado heredero por el *de cuius*, radicaba, si recordamos, en la idea de que aceptar la institución de heredero suponía hacerlo también de todas las disposiciones o limitaciones que, sobre el patrimonio hereditario, el causante hubiera establecido en su testamento. De donde se desprendía como aserto ineludible el siguiente: «donde hay herencia no hay legítima». Teoría que no sólo se enfrenta con la opinión de todos aquellos que mantenían (39) al heredero, como uno de los títulos a los que se refería el artículo 815 para atribuir la legítima a los llamados forzosos, sino que además arrastraba a consideraciones como éstas:

1.^a La postura inicialmente expuesta parecía entender que el causante gozaba en cualquier caso (incluso si tenía herederos forzosos) de una libérrima facultad de disposición sobre sus bienes, de tal manera que el instituido heredero (extraño o legitimario) si aceptaba esa cualidad no tenía más remedio que soportar todas las disposiciones o limitaciones que aquél hubiera establecido sobre su herencia. Postura que parecía olvidar todas las normas, fundamentalmente las contenidas en los artículos 806 y siguientes, respecto de las legítimas, que establecidas con carácter imperativo por el Código para el testador le recortaban no sólo su libertad de disponer, sino también la de establecer limitaciones sobre su caudal hereditario.

2.^a Si donde hay herencia, se decía, no hay legítima, se permitiría, lo que no deja de ser paradójico, que el causante mediante la institución de herederos de sus legitimarios evitara la preterición de los mismos, incluso cuando aquélla careciese de contenido patrimonial, por haber distribuido toda la herencia en legados. En efecto, si se afirma que donde hay herencia no puede haber legítima, basta con nombrar herederos a los legitimarios para conseguir que no exista legítima y, en consecuencia, que aquéllos no sólo no puedan pedir el complemento de la que le correspondería, sino que ni siquiera deban (aun sin recibir absolutamente nada) considerarse preteridos.

(38) Defendida por DÁVILA GARCÍA: *Op. cit.*, pp. 668 y ss.

(39) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, pp. 479 y ss.

En definitiva, entendemos no sólo que la condición de heredero resultaba perfectamente compatible con la de legitimario, y, en consecuencia, que la legítima la podía atribuir el causante a sus herederos forzosos a título de herencia, sino que la coexistencia de ambas cualidades (heredero y legitimario) resultaban absolutamente necesarias para un adecuado funcionamiento de los preceptos sucesorios, por las razones que siguen:

1.^a Admitir que la condición jurídica de legitimario se imponía sobre la de heredero sería tanto como dar entrada a la posibilidad de que los acreedores del causante quedaran impagados, aun existiendo activo líquido en la herencia, al poderles anteponer el heredero a sus créditos su derecho como legitimario a recibir una cuota del activo líquido. Esto chocaría frontalmente con el contenido del artículo 818.1 del Código civil, cuando afirma: «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, *con deducción de las deudas* y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.»

2.^a Admitir lo contrario, es decir, que la preeminencia la tiene la condición de heredero sobre la de legitimario sería tanto como afirmar que el causante mediante la institución de heredero del legitimario podría sortear el cumplimiento de los preceptos (fundamentalmente, artículos 806 y siguientes) que el Código civil dedica a la protección de las legítimas. En otros términos, si la cualidad de heredero se antepone en todo caso a la de legitimario, el causante podría imponer sobre el patrimonio hereditario todo tipo de cargas y gravámenes que el legitimario, como heredero, tendría que cumplir incluso si lesionaban su legítima. Lo que dejaría sin sentido lo establecido, por ejemplo, en el artículo 813 del Código civil.

2. El legado sin finalidad determinada: su acumulación o su imputación

Con anterioridad hemos visto cómo la opinión de la doctrina se dividía ante los supuestos en los que el testador disponía un legado en favor de sus herederos forzosos, pero no determinaba la finalidad del mismo. Esto hace, dada su posible influencia sobre el concepto de preterición, que debamos contestar a la siguiente interrogante: ¿cómo debía entenderse el legado hecho por el testador en favor de un heredero forzoso sin indicación de si con el mismo se pagaba o no su porción legítima? Una solución afirmativa al citado supuesto recortaría el ámbito de la preterición al entenderse cumplido con el mismo el deber de atribuírsela al legitimario por alguno de los títulos citados; por el contrario, se podía entender extendido aquél si se pensaba que ese tipo de legados debía acumularse con la legítima y no imputarse a la misma.

La redacción del artículo 828 del Código civil: «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora, sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre», en principio induce a pensar que el legado en favor de un heredero forzoso (hijos o descendientes, dice el citado artículo) en el que el causante no indicara si lo hacía o no como pago de su porción legítima (y lógicamente tampoco lo dispusiera expresamente como mejora), sería un legado imputable al tercio de libre disposición y, en todo caso, si no cabía en éste se entendería como mejora; es decir, sería un legado acumulable con la legítima, pero no imputable a ella, de tal manera que cabía sostener que el mismo no evitaría la preterición del heredero forzoso.

Sin embargo, el sentido expuesto, desprendido fundamentalmente de la última frase del artículo 828 del Código civil, puede ser, como ahora veremos, otro bien distinto en base a la misma proposición. En el caso planteado (legado en favor de un heredero forzoso sin indicación del tercio al que correspondía) se podría considerar el legado en primer lugar como pago de la porción legítima, en lo que excediera de ésta como disposición (por legado) de bienes del tercio libre y sólo cuando no cupiera dentro de este último tercio, por haber sido distribuido por el testador en favor de otros sucesores, o porque aun intacto resultara insuficiente para cubrirlo, considerarlo como mejora. Las razones que sirven de apoyo a la tesis expuesta son las siguientes:

a) El artículo 819 del Código civil, reforzado por el 825 del mismo cuerpo legal, establecía que las donaciones hechas a los hijos que no fuesen mejoras se imputarían a su legítima. Esto permite pensar que si era así para las donaciones inter-vivos, también podía admitirse para los legados.

b) De afirmarse que el legado (en el caso que estamos analizando) no se recibiría por los herederos forzosos como legítima, tampoco podría entenderse que lo recibieran inicialmente como mejora (que conforme a los artículos 825 y 828 del Código civil debía ser expresa), lo que implicaba que con el mismo se atribuyeran al legitimario bienes del tercio de libre disposición y sólo cuando no cabían en éste se podrían entender como mejora.

c) De acuerdo con lo anterior el causante habría incurrido en preterición al no dejar al legitimario nada en pago de su legítima, aun cuando era posible, por el juego de la última frase del citado artículo 828, que lo mejorase, permitiéndosele, en consecuencia, lo que parece chocar no sólo con el contenido del artículo 815 del Código civil, sino con un elemental sentido común, que conforme al artículo 814 del citado cuerpo legal el legitimario incluso mejorado pudiera anular, por haber sido preterido, la institución de heredero contenida en el testamento así como las mandas y mejoras en lo que

fueren inoficiosas. En definitiva, no resulta muy coherente pensar que, en base al juego de los mecanismos legales (artículo 828, *in fine*, del Código civil), el legitimario recibiera una mejora indirectamente; es decir, sin voluntad expresa del testador de mejorarlo, antes que su porción legítima correspondiente; eso sería tanto como afirmar que el propio Código en caso de duda admitía la mejora en favor de un heredero forzoso, a la que daba un carácter esencialmente disponible por el testador (artículos 808.2 y 823 del Código civil), antes que la porción legítima, limitada por el mismo Código de la disponibilidad mencionada (artículos 806, 808.2 y 823, *a sensu contrario*).

d) Porque conforme al artículo 829 del Código civil el legado, por el que se mejoraba a un heredero forzoso, que excediera del tercio destinado a ese fin se imputaba a la parte legítima correspondiente al mejorado y en lo que excediese de esta el legatario debería abonar la diferencia en metálico a los demás interesados. De otra manera, el exceso, del legado utilizado para mejorar, sobre el tercio de mejora y la porción legítima correspondiente al legitimario, cubierto por la parte de libre disposición, debía ser compensado en metálico por el beneficiario del mismo en favor de los demás interesados en la sucesión. Si esto es así, es decir, si cuando el legado servía claramente para mejorar, el exceso del mismo sobre el tercio destinado a este fin se imputaba al de legítima antes que al de libre disposición, en cuyo caso habría de producirse una compensación pecuniaria, nada impide pensar que cuando el legado se hacía en favor de un legitimario sin indicar que con el mismo se le pagaba su porción legítima se imputará antes a ésta que al tercio de libre disposición. A nuestro entender, por tanto, en el supuesto contemplado, sin que olvidemos la opinión contraria; no cabía considerar producida la preterición del heredero forzoso al recibir éste un legado que resultaba imputable y no acumulable a su legítima.

3. La donación inter-vivos: suficiente o no para eludir la preterición

Cuando la porción legítima se había atribuido mediante una donación del causante, se mantenían por la doctrina distintas posiciones que, al igual que ocurría en el apartado anterior, afectaban, ampliándola o recortándola, a la figura de la preterición. En efecto, si recordamos, dos de aquéllas coincidían en que la donación inter-vivos en favor de un legitimario no excluía por sí misma la preterición (40), mientras que la tercera entendía justamente lo contrario, con lo que el ámbito de aplicación de la citada figura resultaría más o menos

(40) Ver notas 33, 34 y 35.

amplio según qué teoría de las citadas se compartiera. Disyuntiva que nos lleva a hacer las siguientes consideraciones:

1.^a El mostrarse partidario de la teoría que consideraba dentro de la órbita de la preterición los supuestos en los que el legitimario sólo había recibido una donación inter-vivos, suponía que aquél, en base al artículo 814 del Código civil, podría hacer caer la institución de heredero contenida en el testamento en el que resultó preterido, así como reducir las mandas y mejoras en lo que fuesen inoficiosas, con independencia de que la donación recibida hubiera sido suficiente o no para cubrir su legítima. Peligro, de que los rigurosos efectos citados se produjeran, que hace pensar, al menos en principio, en adoptar como más aconsejable la solución que ofrecía la segunda postura. Esta consideraba que la donación inter-vivos recibida por el legitimario evitaba la preterición del mismo aun cuando el causante no le atribuyera nada en su testamento. De compartirse esta segunda posición también habría que admitir, como una consecuencia lógica de la misma, que el legitimario donatario nunca se debería considerar preterido y, por tanto, no podría poner en marcha el mecanismo de la preterición; lo único que le cabría sería pedir conforme al artículo 815 del Código civil el complemento de su legítima si lo donado no llegaba a cubrir lo que por aquélla le correspondía. Esta solución, más aceptable a primera vista por sus efectos menos perturbadores para el testamento, podía, no obstante, encontrarse en su aplicación con algunos obstáculos que sortear. En efecto, de acuerdo con el artículo 1.035 del citado Código el heredero forzoso que concurría, con otros que también lo fuesen, a una sucesión, debería llevar a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de participación. Es decir, que el deber de colacionar del artículo 1.035 se imponía al heredero forzoso que habiendo recibido en vida del causante bienes o valores, concurría con otros en la sucesión. Pues bien, esto último, la concurrencia en la sucesión, es precisamente lo que le faltaba (y de otra manera no podía ser para quienes afirman que el heredero forzoso no es título alguno de adquisición) al legitimario que había recibido una donación inter-vivos, pero al que no se le concedió en el testamento título alguno para adquirir *mortis-causa*, ni lógicamente lo tenía por sucesión *ab intestato*. En definitiva, si el legitimario carecía de la condición (heredero, legatario, etc.) suficiente para adquirir *mortis-causa*, difícilmente se podría afirmar que el mismo concurría a sucesión alguna y, por tanto, que estuviera sujeto al deber de llevar a la masa hereditaria los bienes o valores recibidos por título lucrativo inter-vivos, es decir, de llevarlos a colación o una sucesión *mortis-causa* de la que no iba a recibir nada (a la que no iba a concurrir), por faltarle el título preciso para ello. Si a pesar de la afirmación hecha se considerase que en esos casos lo único ad-

misible sería que el legitimario donatario pidiera el complemento de su legítima se produciría el contrasentido de que éste solicitaría el complemento de su cuota legítima sin que se hubieran cumplido las exigencias del artículo 1.035 del Código civil, al no computarse en la regulación de las legítimas la cuantía de la donación que él había recibido, y, por eso, la podía completar como legítima.

Sin embargo, los argumentos expuestos con anterioridad, basados en el artículo 1.035 del Código civil, no resultaban aplicables si existía, en lugar de varios, un único heredero forzoso pasado por alto en el testamento, pero al que se había beneficiado con una donación en vida del causante. En este caso concreto si se comparte la opinión, defendida por algunos autores (41) de que la liberalidad inter-vivos no excluía por sí misma la preterición, los efectos no podrían ser otros que los contemplados en el artículo 814 del Código civil, lo que en determinados supuestos al menos, como el que seguidamente vamos a plantear, resultaría, no se nos oculta, altamente perturbadora. Está dentro de lo posible que el causante en su testamento instituyera heredero a un extraño (la situación cambiaría, por los efectos menos radicales de la preterición sobre el legado artículo 814.1, *in fine*, si hubiera sido nombrado legatario), sin mencionar de ninguna manera a su único heredero forzoso, al que, no obstante, había donado en vida bienes suficientes para cubrir su legítima. En esos casos, si se aplicaba con rigor (42) el artículo 814 del Código civil, debería caer, con la consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*, en favor del legitimario donatario, la institución de heredero hecha en favor del extraño, lo que provocaría una situación ciertamente contradictoria dentro de las normas reguladoras de la sucesión por causa de muerte en el Código civil. En efecto, si el caso expuesto con anterioridad se producía y a él se aplicaba la solución referida, al anular-

(41) Ver nota 33.

(42) Esa es la idea admitida con carácter general por SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudio de Derecho civil*, T. 5, Vol. 2, Madrid, 1910, pp. 1140 y ss. DE LA CÁMARA: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», 1955, T. 7, pp. 64 y ss., si bien afirma que la aplicación literal del artículo 814 resulta excesivamente rigurosa, aunque nada fácil de sortear, en supuestos de preterición intencional, para los que propugna una atemperación de los efectos de la preterición. CRUZ AUÑÓN: *Un caso frecuente de preterición*, en «A.A.M.N.», T. 3, 1946, pp. 556 y ss., aunque comparte la opinión de que la institución no debe caer si existe acuerdo entre instituidos y preteridos. ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «R.D.P.», T. 28, 1944, p. 194. MUCIUS SCAEVOLA: *Loc. ult. cit.*, pp. 405 y ss., que sostiene, no obstante, que la anulación total de la institución de heredero sólo debe deducirse si así lo pidió el preterido. De otro lado, de la lectura de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1903, 11 de mayo de 1909, 30 de junio de 1910, 28 de enero de 1914, 23 de abril de 1932, 11 de marzo y 22 de mayo de 1950, 9 de diciembre de 1955, 15 de octubre de 1957 y «R.D.G.R.N.» de 10 de mayo de 1950, se desprende que en caso de preterición el efecto admitido por ese alto Tribunal era el de anular totalmente la institución de herederos contenida en el testamento salvo que existiera acuerdo entre preteridos e instituidos o los primeros solicitaran expresamente sólo una anulación parcial de dicha institución.

se, por causa de preterición, la institución de heredero hecha en favor del extraño, éste no percibiría nada de la masa hereditaria a pesar de que realizadas las operaciones pertinentes (43), para determinar si la legítima fue o no respetada, se comprobará que sí lo fue. Visto desde otra perspectiva, la voluntad del testador no se respetaría a pesar de que él mismo había dispuesto, total o parcialmente mediante la institución en favor del extraño, de un tercio sobre el que tenía libertad absoluta para disponer (44); del que ahora también se beneficiaría, por el cauce de la sucesión intestada, el heredero forzoso que la atacó, por entenderse preterido. Planteamiento que por las consecuencias a las que aboca hace que nos hagamos la siguiente pregunta: ¿solamente podría darse la solución expuesta? De otra manera: ¿necesariamente se producirían, a pesar de lo perturbadores y contradictorios que resultan, los efectos del artículo 814 del Código civil? Interrogantes que, lógicamente, sólo cobran sentido para la teoría que afirmaba que la donación inter-vivos por sí misma no evitaba la preterición, pero que lo pierden para la contraria, que sólo admitiría la aplicación del artículo 815 del Código civil, pero no la del 814 citado.

Antes de entrar en la posible respuesta a la pregunta que nos hemos formulado hay que aclarar que hemos dejado a un lado las soluciones, que, para atemperar las rigurosas consecuencias de la preterición, ofrecían, básicamente en función de la postura que adoptara el preterido, doctrina y jurisprudencia (45).

Hecha la precedente aclaración trataremos de encontrar una solución a aquella interrogante que resulte, dentro de las coordenadas en que ahora nos movemos (donación inter-vivos no evita la preterición) lo menos perturbadora posible para el testamento. Si el artículo 818 del Código civil se entiende en el sentido de que para fijar la legítima al valor líquido de los bienes hereditarios tuvieran, deberá agregarse el valor (46) que tenía, cuando se hicieron, todas las donaciones realizadas por el testador tanto en favor de legitimarios como

(43) En el caso que nos ocupa fundamentalmente las contempladas en el artículo 818 del Código civil, en relación con el 819.1 del mismo Código. Un detenido estudio de cómo debe entenderse el contenido del artículo 818 del Código civil por MORELL Y TERRY: *Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima*, en «R.G.L.J.», Vol. 98, 1901, pp. 288 y ss., y Vol. 99, 1901, pp. 113 y ss.; *Colación especial exigida en el artículo 1.035 del Código civil*, en «R.G.L.J.», Vol. 108, 1906, pp. 27 y ss., y 113 y ss. En contra de la opinión del autor arriba citado, MANRESA: *Más sobre donaciones colacionables a los efectos de fijar la legítima*, en «R.G.L.J.», vol. 99, 1901, pp. 331 y ss.

(44) En tal sentido, artículo 736.2 en relación con los artículos 806 y ss., todos del Código civil.

(45) Ver nota 42.

(46) Sobre cómo debe calcularse ese valor, ver NÚÑEZ LAGOS: *La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración (sobre una conferencia de Marin Monroy)*, en «R.G.L.J.», Vol. 189, pp. 712 y ss.

de extraños (47) y aquél se pone en conexión con el artículo 819.1 del mismo Código, cabe pensar lo siguiente:

1.º Una vez fijados los tercios de legítima conforme a lo dispuesto por el artículo 818 del Código civil se podrá conocer si el *quantum* de la donación recibida por el legitimario en vida del causante resultaba suficiente o no para cubrir íntegramente su porción legítima, que en el caso planteado debería coincidir con el total de legítima previamente fijada.

2.º Si efectivamente la donación cubría íntegramente la cuota legítima del heredero forzoso (supuesto del que ahora nos ocupamos), había que entender además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 819.1 del Código civil, que aquella liberalidad debía imputarse a la citada cuota.

3.º Si lo anterior es cierto, es decir, si el valor de lo donado en vida del causante no sólo se computaba (artículo 818.2 del Código civil) para fijar la legítima, sino que además (artículo 819.1 del Código civil) se entendía como un anticipo para el legitimario de su legítima, que resultaba suficiente para cubrirla íntegramente, cabía pensar que la misma (la legítima) no existía realmente, o si se prefiere que existía, pero sobre ella, al estar íntegramente cubierta con la donación inter-vivos del legitimario, el testador no tenía facultada alguna de disposición. En definitiva, si la porción legítima se podía entender totalmente satisfecha por la donación inter-vivos con la que se había beneficiado al heredero forzoso (como lo establecía el contenido del artículo 819.1 del Código civil), no sólo no tendría sentido admitir que hacía falta un nuevo título, ahora testamentario, para atribuir al legitimario el *quantum* (que ya tenía en su patrimonio) al que ascendía la donación recibida, sino que además el causante no podría hacerlo aunque quisiera, porque del mismo ya había dispuesto mediante la donación que hizo al legitimario.

4.º Si lo anterior se admite, o sea, si la donación por la que se benefició al legitimario no sólo debía atribuirse a su legítima, sino que además ésta resultaba íntegramente satisfecha por aquélla y como consecuencia no quedaba legítima disponible, habrá de aceptarse que difícilmente el testador podría incumplir el deber de disposición que respecto de la legítima tenía en favor de los herederos forzosos.

5.º Si conforme a lo anterior el testador no podía incumplir la obligación que respecto de sus legitimarios tenía, de disponer de la legítima en favor de ellos, no se podrá afirmar que al no hacerlo incurriera en su preterición y, por tanto, que entrara en aplicación lo dispuesto en el artículo 814 del Código civil.

(47) Ese es el sentido que daban a ese artículo 818 del Código civil MORELL Y TERRY: *Op. cit.*, pp. 288 y ss., 113 y ss., 27 y ss., y 113 y ss. Memoria de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 1902, citada por VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, las Legítimas, Vol. 1, Madrid, 1974 y autores allí citados.

C) La falta de unanimidad y el exceso de prudencia: sus consecuencias

a) Divergencias de la doctrina científica

Lo expuesto con anterioridad pone de manifiesto cómo las diferencias de criterios entre los juristas, en orden a determinar la línea fronteriza que separaba la preterición de lo que no lo era, no sólo había sido una constante del mencionado instituto en su historia patria anterior a la codificación, sino que las divergencias, en torno al punto referido, pervivían tras la publicación del Código civil. Ahora, una vez codificadas las normas civiles, la secesión jurídica, de la figura de la preterición del resto de instituciones que la rodeaban, resultaba evidente en alguno de sus puntos, pero confusa en otros. La claridad se manifestaba, lógicamente, en aquellos temas en los que las opiniones vertidas por los autores, en relación con la figura que estudiamos, no resultaban controvertidas. En este terreno se movía la afirmación de que si el causante omitía totalmente el deber que respecto de sus herederos forzosos tenía de atribuirseles su cuota legítima incurría en preterición (48). De esta manera se ponía de relieve que el citado instituto se asentaba sobre un doble pilar jurídico: uno concretado en el deber del causante de atribuir a los legitimarios su correspondiente porción de la legítima; el otro, materializado en el incumplimiento del mencionado deber.

Pero salvo esas bases claras, sobre las que se iba a construir el concepto de preterición, el resto de teorías que trataban con su formulación de acortarlo se contraponían unas a otras, dando lugar a que los perfiles del mismo aparecieran en algunos de sus puntos distorsionados. Aserto que se confirma cuando la doctrina pasaba a pronunciarse sobre los títulos por los que se podía entender cumplido aquel deber, en definitiva, a concretar el alcance de la expresión «por cualquier título» recogida en el artículo 815 del Código civil. Unos (49), con un sentido restringido de la expresión transcrita, afirmaban que en ella sólo estaban comprendidos los títulos testamentarios, de tal manera que el cumplimiento del deber de atribuir la legítima a los herederos forzosos, y, por tanto, de eludir la preterición, únicamente

(48) En este sentido, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, T. 5, Vol. 2, Madrid, 1910, pp. 1131 y ss. CRUZ AUÑÓN: *Un caso frecuente de preterición*, en «A.A.M.N.», T. 3, 1946, p. 546. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, pp. 420 y ss. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.^a ed., T. 4, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944, pp. 576 y ss. ESPÍN CÁNOVAS: *Derecho civil español*, Vol. 5, Madrid, 1957, pp. 333 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, Las legítimas, Vol. 1, Madrid, 1974, pp. 603 y ss., aunque este autor hace un examen más minucioso de otros supuestos para incluirlos o no en el ámbito de la preterición.

(49) SÁNCHEZ ROMÁN: *Loc. ult. cit.*, pp. 1131 y ss. PÉREZ ARDA: *Op. cit.*, pp. 252 y ss.

se podría realizar si se utilizaba alguno de aquéllos. Otros (50), por el contrario, dándole un significado más amplio a la citada frase, consideraban que en ella estaban comprendidos no sólo los que podían aparecer en un testamento, sino también los inter-vivos. De tal manera que el causante no incurriría en preterición si cumplía el deber que tenía respecto de sus legitimarios confiriéndoles su cuota legal por título testamentario o inter-vivos. Finalmente, no faltaba quien (51) consideraba que el deber de atribuir la legítima a quienes correspondía, se podía cumplir por alguno de los títulos propios del testamento, mediante los mecanismos de la sucesión intestada e incluso con un título inter-vivos, siempre que, en este último caso, se recordara la atribución en el testamento.

Posiciones doctrinales que, al dar cada una distinta extensión al espacio en el que se debía mover la preterición, propiciaban la incertidumbre en torno a esta institución y, en consecuencia, introducían la duda respecto del ámbito sobre el que se debían de proyectar los rigurosos efectos que para los casos de preterición tenía establecidos el Código civil en su artículo 814.

a) *Los cautelosos pronunciamientos del Tribunal Supremo*

El Tribunal Supremo, menos discordante, en sus pronunciamientos sobre la figura que nos ocupa, que las opiniones anteriormente aludidas de la doctrina científica, facilitaba una perspectiva más definida de los perfiles de la citada institución, si bien no llegaba, quizá por el exceso de cautela de sus resoluciones, a fijarlos con la rotundidad precisa. Así, aun cuando en alguna sentencia (52) se había llegado a declarar sin vacilación alguna que «la mención, el recuerdo o preterición donde tiene que resultar es en el expresado testamento» y que «los términos de la ley positiva, así como su racional fundamento, no permiten entender subsanado tal defecto (se refiere al de la preterición) por acto alguno extraño a la disposición testamentaria, porque el título a que se refiere el artículo 815 citado, tiene que ser, según su sentido y alcance, de los que caracterizan dentro del testamento la significación de lo que por el mismo se deja a una persona»; en definitiva, a sostener con total claridad que el deber de atribuir su cuota legal a los legitimarios solamente se podría entender cumplido, en orden a evitar la preterición, si para ello utilizaba el

(50) CASTÁN TOBEÑAS: *Loc. ult. cit.*, pp. 576 y ss. ESPIN CÁNOVAS: *Loc. ult. cit.*, p. 334.

(51) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479; *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, Las legítimas, Vol. 2, Madrid, 1974, pp. 776 y ss.

(52) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1908, cuya opinión es seguida por la Memoria del citado Tribunal del mismo año.

causante algunos de los títulos propios del testamento, también es verdad que en las sucesivas decisiones de ese Alto Tribunal ni confirmaban ni revocaban aquella decidida postura. En efecto, el citado órgano jurisdiccional si bien se había atrevido no ya a dar un concepto de lo que debía entenderse como preterición, sino incluso a mantenerlo en varias de sus resoluciones (53), no aprovechó ninguno de esos fallos en los que definía la figura citada como «la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto al heredero forzoso en línea recta», para ratificarse claramente en la opinión vertida en aquella sentencia o para rebatirla sin rodeos. De esta manera, si bien no creaba confusión en torno al tema, tampoco conseguía despejarlo definitivamente, en aquellos puntos en donde se producían las diferencias doctrinales, al utilizar unos términos que, como el de «testador» recogido también en el artículo 815 del Código civil, no había evitado las discrepancias de los autores respecto al tema.

En base a lo dicho cabe pensar, pues así lo había admitido alguna sentencia del mencionado Tribunal, no corregida posteriormente por ninguna otra (54), que el mismo, al menos en el espacio histórico que ahora nos ocupa (publicación del Código civil hasta la reforma del 1958), entendía acaecida la preterición del heredero forzoso cuando éste no recibía en absoluto por título testamentario alguno la legítima correspondiente. De ser así, el *de cuius* no sólo tenía, para evitar la preterición que imputar a sus legitimarios el *quantum* (total o parcial) de legítima correspondiente, sino que además esa imputación debía realizarla mediante alguno de los títulos propios del testamento. En resumen, en base a la jurisprudencia cabía pensar, como respuesta a las interrogantes que nos hicimos al principio en relación con el posible deber del testador respecto de sus legitimarios y en qué consistiría, que el mismo sería doble:

- Uno, referente a la atribución material de la cuota legítima.
- Otro, al modo en que debía verificarse la citada atribución.

De acuerdo con lo expuesto, la figura en cuestión, desde la posición en que ahora la contemplamos, se construía sobre el incumplimiento de uno o de ambos de los deberes citados, de tal manera que el causante que, respecto de sus legitimarios, no cumplía el deber de atribuirles algo en pago de su legítima o si lo cumplía, omitía hacerlo por alguno de los títulos propios del testamento, estaría en todo caso incurriendo en preterición.

(53) Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1909, 25 de mayo de 1917, 23 de abril de 1932, si bien esta sentencia cuando afirma: «No existe preterición cuando el testador, lejos de omitir, *menciona en su última voluntad la persona del heredero forzoso*, aunque no le instituya, pero dejándole manda especial inferior a lo que por legítima le corresponde, parece compartir con más evidencia la doctrina recogida en la de 17 de junio de 1908.»

(54) Ver notas 52 y 53.

IV. LA DESHEREDACION: UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA PRETERICION

A) El desdoblamiento de una figura

La visión del instituto de la preterición no resultaría completa si no tuviésemos en cuenta la posición que frente a la misma ocupaba la figura de la desheredación y, en particular, la que se había dado en llamar injusta. Es indudable que colocamos en sede de desheredación, ninguna cuestión de límites habría que dilucidar entre ésta, cuando se ajustara a lo establecido por los artículos 848 y siguientes del Código civil, y la preterición. Afirmación que sólo requiere, para ser demostrada, el examen de los requisitos que el Código civil imponía a la desheredación justa. En ésta debían concurrir los siguientes:

1.º Hacerse en base a alguna de las causas expresamente indicadas en la ley (artículo 848 del Código civil).

2.º Mediante el testamento (artículo 849 del Código civil).

3.º Que en él se contenga la causa en la que se funda; cuya certeza debía ser probada si fuera negada (artículos 849 y 850 del Código civil).

La desheredación que se ajustara a las mencionadas exigencias, obvio es hacer hincapié en ello, poco, por no decir nada, tenía que ver con el instituto de la preterición. Junto a la desheredación anterior existía otra calificada de «injusta» cuyos presupuestos de existencia se recogían en el artículo 851 del Código civil. De esta manera, la citada figura resultaba plenamente identificada cuando se debía a alguna de las causas recogidas en el mencionado artículo, que no eran otras que éstas:

1.^a Hacerla (la desheredación) sin indicar la causa en la que se fundaba.

2.^a Con expresión de causa, no probada si fuera contradicha.

3.^a En base a causa distinta de las señaladas en los artículos 852 y siguientes del Código civil.

B) Desheredación injusta: una institución fronteriza

a) *La privación expresa: un criterio a seguir*

La última desheredación aludida (la injusta) colocada entre la figura de la desheredación justa y la de la preterición, hacía pensar, por la proximidad que tenía con esta última, en la siguiente pregunta: ¿dónde se encontraba la línea divisoria entre esas dos figuras colindantes? O más concretamente: ¿cuándo se podía afirmar que había desheredación injusta y cuándo preterición?

Ambas instituciones presentaban un punto, el de privación, no

admitida por el Derecho, de su legítima a los legitimarios, sobre el que, dada su plena coincidencia, ninguna cuestión de límites cabía plantear; el problema, por tanto, quedaba centrado en establecer unos criterios que permitieran conocer cuándo aquella privación había sido por causa de preterición y cuándo por desheredación injusta. Distinción que tomaba especial relevancia por los distintos efectos que el Código civil en sus artículos 814 y 851 establecía, respectivamente, para uno y otro supuesto.

De los conceptos de preterición emanados de los autores patrios y el ofrecido por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, era fácil de constatar la idea de que la citada figura suponía siempre una privación tácita de la legítima (55); concepción de la misma en base a la idea citada que ponía de relieve su fundamental diferencia con la desheredación, al suponer ésta una privación que en todo caso, así se desprendía principalmente del artículo 849 del Código civil, debía ser expresa. Peculiaridad de la desheredación justa, que servía para diferenciarla de la preterición, en la que profundizaremos algo más para apreciar si la misma resultaría igualmente válida como característica diferenciadora entre esta última figura y la desheredación injusta.

Si recapacitamos sobre el significado de la palabra desheredar, nos aparecerán pronto dos evidencias:

1.^a La misma sólo puede tener sentido cuando venga referida a aquellos que tengan su derecho, conferido directamente por la ley o a través del causante, a recibir una parte al menos de una herencia; o lo que es lo mismo, sólo pueden ser desheredados quienes tengan derecho a percibir los bienes de un patrimonio hereditario.

2.^a Únicamente podrán desheredar (con la excepción de que la ley lo haga directamente) aquellos que tengan el deber de atribuir total o parcialmente su as hereditario a quienes tengan derecho al mismo, es decir, los causantes de la sucesión.

Este último aserto se desprende no sólo de una simple visión lógica del tema, sino además del contenido en los artículos 849 y 851 del Código civil; del primero al afirmar que la desheredación sólo podía hacerse en testamento (en definitiva, por el testador), del segundo porque obviamente se limitaba a establecer los casos de desheredación que aun hechos en testamento (de no contenerse en el mismo no cabría nunca entrar a discutir si eran o no justos, dados los requisitos anteriormente mencionados para la desheredación de este último tipo) debían entenderse, en todo caso, como de desheredación injusta.

(55) Entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1131 y ss. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, T. 14, p. 420. CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, T. 4. Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944. p. 576. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1909, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932.

Admitidos estos dos grandes presupuestos básicos de toda desheredación:

- Alguien que pueda ser desheredado.
- Alguien que pueda desheredar.

Resulta indiscutible que si quien ostenta esta última facultad la quiere ejercitar, necesariamente tendrá que dirigirla, para que pueda hablarse con propiedad de desheredación, contra aquellos a los que puede privar de toda participación en su herencia. De tal manera que será precisa no sólo la existencia de una intencionalidad, la de privar de la herencia a aquellos que deben recibirla, sino que además aquélla, para que pueda hablarse de desheredación, deberá exteriorizarse; en definitiva, poner de manifiesto que aquella intencionalidad existe. De desconocerse (por permanecer oculta) la citada intencionalidad difícilmente se podría hablar de desheredación justa o injusta al faltar la evidencia de que existe conexión alguna entre la voluntad del que puede desheredar y la persona que puede ser privada, por esa voluntad, de toda participación en la herencia; en resumen, entre los dos presupuestos que se precisan para hablar con propiedad de desheredación.

De acuerdo con lo dicho anteriormente habrá de entenderse que estaremos ante un supuesto de desheredación injusta (lógicamente, además de si no cumple los requisitos de la desheredación justa) cuando conozcamos que la voluntad del testador es la de privar de la legítima a los legitimarios (únicos que por tener derecho a recibir esa cuota legal pueden ser desheredados); de otra manera, si se demuestra la conexión entre la voluntad de privar de la legítima del causante y quienes pueden ser privados de la misma (los legitimarios). Cualquier caso en el que no se pueda establecer fehacientemente esa relación entre los dos términos mencionados, bien por que se desconozca dos términos mencionados, bien porque se desconozca la voluntad del causante, bien porque aún conocida no se pueda referir a los legitimarios, deberá entenderse como un supuesto de preterición y no de desheredación injusta.

b) *El testamento: un medio o único medio de manifestarse*

Ante lo dicho en el apartado anterior, cabría plantearse si la intención del testador de privar de la legítima a los herederos forzosos, debería conocerse necesariamente a través del testamento o resultaría admisible su conocimiento por cualquier otra vía. Más concretamente, si el causante había manifestado, por ejemplo verbalmente, la intención que tenía de privar de su porción legítima a uno de sus legitimarios y posteriormente aquél se limitaba a omitirlo, debía entenderse que había incurrido en desheredación injusta o en preterición. Una primera reflexión sobre la cuestión planteada parecía inclinar la res-

puesta, por las razones que, ahora veremos, tenía su favor, del lado de la desheredación injusta.

1.^a Se conocía, si bien por una manifestación extratestamentaria, la intención del testador de privar de su legítima a quienes tenían derecho a ella.

2.^a La exigencia contenida en el artículo 849 del Código civil parecía referirse única y exclusivamente a la desheredación que se denominaba justa, pero no a la que ahora nos importa.

De tal manera que si, de un lado, se conocía la intención del causante de dejar sin legítima a sus legitimarios, y, de otro, que la exigencia de ser testamentaria sólo afectaba a la desheredación justa, todo parecía apuntar que la solución más aceptable fuera la inicialmente dada. Sin embargo, estas conclusiones variaban notablemente si se profundizaba algo más en el tema. Es cierto que la manifestación que al margen del testamento el causante hacía (lo que podía incluso fundamentarlo en alguna de las causas de desheredación previstas por el Código en sus artículos 852 y siguientes) sacaba a la luz su intención de privar de la legítima a los legitimarios; ahora bien, si a pesar de esa exteriorización de la voluntad del causante, éste, al hacer testamento, se limitaba a omitir al heredero forzoso, es igualmente cierto que ese silencio podía entenderse como que aquella intención se mantenía, pero no lo es menos que a la vez habría de admitirse la posibilidad de que el testador, por haberse reconciliado, si es que ese era el caso, en los términos del artículo 856 del Código civil, con el ofensor o por cualquier otro motivo, la hubiese modificado. En definitiva, al no confirmarse en el testamento la intención, amparada o no por el Derecho, manifestada fuera del mismo de no dejar la legítima correspondiente, aparecía inevitablemente la duda, respecto al significado de dicha omisión testamentaria, al faltar la certeza sobre la concreta intencionalidad del causante (si es que la había) que en ella se encerraba. Dicho de otro modo, si aplicados al testamento los criterios que, para la interpretación de sus disposiciones, establecía el artículo 675 del Código civil (56) no se conseguía saber si el causante se mantenía o no firme en aquella intención manifestada extratestamentariamente, cabía entender, de acuerdo con los criterios diferenciadores, entre preterición y desheredación, aludidos, producida la preterición (que no olvidemos también podía ser intencional) y no la desheredación injusta; esta posición resultaba coherente no sólo porque de acuerdo con lo dicho ninguna cláusula testamentaria reflejaba expresamente la intención del causante de privar (conforme a Derecho o no) de la legítima a quienes les correspondía, sino porque, además, la misma no resultaba, dentro de las disposiciones testamen-

(56) Más datos sobre este tema en SÁNCHEZ ROMÁN: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1367 y ss. OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, pp. 407 y ss. JORDANO BAREA, J.: *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958.

tarias, evidente ni como voluntad ni como tal intención del testador; si esto era así lo único absolutamente cierto era que el *de cuius* no había cumplido (si lógicamente no se admitía, de existir, la donación inter-vivos como medio de eludir la preterición), frente a uno o más de sus legitimarios, totalmente los deberes que tenía de atribuirles, con arreglo a alguno de los títulos testamentarios, su cuota legítima correspondiente. Evidencia en la omisión y duda en la intención que favorecía el pensar que esos casos debían entenderse como de preterición y no como de desheredación injusta.

V. APARENTE CLARIDAD Y REAL CONFUSION

A) La línea recta

Los términos aparentemente claros, en los que aparecía redactado el artículo 814 del Código civil, propiciaban, sin embargo, una gran variedad de cuestiones sobre las que no resultaba fácil encontrar una solución unánime.

La frase con la que se iniciaba el citado precepto: «la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta», introducía ya los primeros puntos sobre los que cabía hacerse estos planteamientos: ¿entre los herederos forzosos se incluían los descendientes y ascendientes naturales? Y de ser afirmativa la respuesta, ¿su preterición tendría las consecuencias previstas en el citado artículo?

La primera pregunta se resolvía con apenas dificultades, en base a los preceptos del Código, en el sentido de considerar como herederos forzosos de los padres naturales a los hijos de esa misma condición legalmente reconocidos o legitimados por concesión Real, así como a éstos respecto de aquéllos (57). Contestada afirmativamente, en los términos expuestos, la primera pregunta que nos hacíamos, quedaba por resolver el tema de los efectos que su preterición acarrearía. Cuestión que la doctrina se inclinaba a resolver, en la medida de lo posible, propugnando unos efectos en general más atemperados que los recogidos en el artículo 814 del Código civil. Línea de moderación que se sustentaba en el hecho de que la cuota legitimaria, correspondiente a los herederos forzosos que ahora nos ocupan, debía sacarse, como se desprendía de los artículos 840 y 841 del Código civil, tanto en concurrencia con descendientes como con ascendientes legítimos, del tercio de libre disposición, lo que, pensaban, hacía innecesario anular la institución de herederos (58). Posición de la doc-

(57) Así se desprendía de los artículos 807.3 y 840 y ss. del Código civil. Línea mantenida igualmente por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de enero de 1895, 17 de julio de 1908, 27 de febrero de 1909, 11 de marzo de 1950 y 22 de mayo de 1950.

(58) En el sentido expuesto, MUCIUS SCAEVOLA: *Loc. ult. cit.*, T. 14, pp. 422 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1.1.34 y ss.

trina científica que no secundaba la jurisprudencial, que seguía unas directrices más estrictas en la aplicación, para los casos de preterición de hijos naturales reconocidos, de los efectos previstos en el artículo 814 del Código civil, no sólo cuando los instituidos eran herederos extraños, sino incluso cuando resultaban ser herederos forzosos legítimos (59).

B) Los textualmente omitidos

Más adelante la proposición del citado artículo: «sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador», referida a la preterición de los herederos forzosos en línea recta, daba lugar a una nueva controversia en esta materia protagonizada por doctrina y jurisprudencia. La simple lectura de la oración transcrita dejaba inmediatamente a la luz que el centro del problema se localizaba ahora en los cuasi-póstumos. Estos, los nacidos una vez otorgado el testamento, pero antes del fallecimiento del testador, eran los que generaban las dos grandes corrientes de opinión, que una por cauces más angostos y otra más amplios discurrían en sentido divergente. Flujos de opinión que se concretaban en lo siguiente:

1.º Uno mantenía, en base a la literalidad del Código, que la preterición de un cuasi-póstumo, al no estar contemplada expresamente en el texto del artículo 814, no desencadenaría ninguno de los efectos previstos en el citado artículo (60).

2.º Otro, muy al contrario, sustentaba que la omisión de un cuasi-póstumo también debía entenderse como un supuesto de preterición desencadenante de los efectos contemplados, por el reiterado artículo 814, para la mencionada figura (61).

Plantamiento dialéctico que con el tiempo se acabó por decantar en favor de esta segunda posición como lo demuestra el mayor número de autores que con el discurrir de los años (como se puede fácilmente constatar en la última nota recogida) se iban sumando al mis-

(59) Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1908, 27 de febrero de 1909, 11 de marzo y 22 de mayo de 1950.

(60) En este sentido, un dictamen de la Redacción de la «R.G.L.J.», T. 160, 1932 pp. 382-383. NOVOA SEOANE: *El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes*, en «R.D.P.», T. 1, octubre, 1913, pp. 143 y ss.; *R.D.G.R.N.* de 20 de mayo de 1898.

(61) En esta línea, DE LA CÁMARA: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», 1955, T. 7, pp. 33 y ss. CRUZ AUÑÓN: *Op. cit.*, pp. 551 y ss. FALGUERAS Y OZAETA: *Algunas consideraciones acerca del artículo 814 del Código civil*, en «R.G.L.J.», T. 117, 1910, pp. 353 y ss. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, T. 14, pp. 409 y ss. CASTÁN: *Loc. ult. cit.*, pp. 576 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1131 y ss.

mo (62), así como por la explicación que de aquella proposición, llegó a dar alguna sentencia del Tribunal Supremo (63) cuando al referirse al artículo 814 se pronunciaba en los siguientes términos: «...y con una laguna relativa a los cuasi-póstumos, atribuida a una errata consistente en haber colocado la preposición “de” en vez del adverbio “aún” entre las palabras “después” y “muerto”» (64).

C) Un heredero forzoso «sui generis»: planteamientos a que dio lugar

No se agotaban, con todo lo expuesto, los temas que en el artículo 814 ofrecían campo a la polémica; ésta a medida que se avanzaba en su lectura, aparecía nuevamente, si bien referida ahora a un heredero forzoso, que no había merecido tal consideración ni en el proyecto de 1851 ni en el de 1882, el cónyuge viudo (65). La cuestión debatida surgía a raíz del siguiente texto: «La preterición del viudo o viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código (66). La primera cuestión a plantearse tras lo expuesto sería la de determinar la condición jurídica del cónyuge viudo. En relación con la misma se adoptaron fundamentalmente las siguientes posiciones:

— Una, consideraba que el cónyuge viudo tenía atribuida directamente por ley la condición de heredero (67).

(62) Lo que se confirma por AMORÓS y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. 2, Madrid, 1984, p. 1283, en la que afirma al aludir a la reforma de 1958 que las palabras del artículo 814 «sea que vivan... muerto el testador», en realidad únicamente servían para manifestar la irrelevancia del nacimiento del legitimario en conexión con la preterición.

(63) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1950 en su tercer Considerando.

(64) Diferencia en la redacción que se apreciaba ya entre el artículo 644 del Proyecto de 1851 que establecía: «Sea que vivan al otorgarse el testamento o nazcan después aun muerto el testador» y el artículo 799 del Anteproyecto de 1882 en el que se afirmaba: «Sea que vivan al otorgarse el testamento o que nazcan después de muerto el testador.»

(65) Así lo demuestra el artículo 641 del Proyecto de 1851 y el 792 del de 1882 cuando señalan quiénes son herederos forzosos.

(66) En la enumeración de artículos debía haberse recogido también el 839. Así lo puso ya de relieve SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1065 y ss. y 1142.

(67) SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, p. 810. Postura mantenida también por el Tribunal Supremo en Sentencias de 28 de marzo de 1924 (aunque en ésta habla de heredero forzoso y no simplemente de heredero), 24 de febrero de 1926 y 26 de marzo de 1940. Sin embargo, el mismo alto Tribunal en sus Sentencias de 4 de junio de 1906, 25 de enero de 1911, 14 de marzo de 1916, 28 de enero de 1919 y 10 de enero de 1920, niega la condición de heredero en el cónyuge viudo, llegando a mantener en la última citada lo siguiente: que por regla general la viuda que sólo recibe su cuota viudal y el legado que le fuere dejado en testamento, no reúne el carácter de heredera para el efecto de ser demandada por razón de deudas existentes contra la herencia.

— Otra, a la vez que negaba la cualidad de heredero del premuerto en el cónyuge viudo (salvo que el causante lo instituyera como tal), mantenía que el mismo debía considerarse como legatario de aquél (68).

— Una tercera, que a diferencia de las dos anteriores afirmaba que el mecanismo de atribución al cónyuge viudo de su cuota legal era el mismo (testado o intestado) que el establecido para el resto de herederos forzosos (69).

De las teorías indicadas, las dos primeras parecían abrir paso, al menos en el punto que ahora tocamos, a un tercer género sucesorio: el forzoso. Impresión que se obtenían cuando reconocían en el cónyuge viudo una condición, la de heredero o la de legatario, que le venía conferida directamente por la ley y en virtud de la cual iba a recibir, en todo caso, su correspondiente cuota usufructuaria. Si esto era así no había nada más que transportar lo dicho en otros apartados de este trabajo (70) al caso concreto que ahora nos ocupa para poder afirmar que si la cuota viudal se encontraba atribuida directamente por la ley al cónyuge viudo, a título para unos de herencia y para otros de legado, la misma resultaría indisponible para el causante (71), de tal manera que toda disposición que éste hiciera respecto de aqué-

(68) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *La cuota viudal y su regla fija*, en «R.G.L.J.», 1946, T. 12, pp. 449 y ss., quien afirma entre otras cosas que la sucesión en usufructo es siempre un título singular y, en consecuencia, que el viudo no es heredero, sino legatario. VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, pp. 442 y ss.; *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, en «R.D.P.», 1948, pp. 349 y ss., afirma: el derecho legitimario del cónyuge viudo deriva directa y exclusivamente de la ley. Esto hace que tratándose de la legítima del cónyuge viudo, la designación legal y la testamentaria se coloquen en el mismo plano y actúen conjuntamente (a diferencia de lo que ocurre en la legítima de los demás herederos forzosos). Y sigue afirmando: la legítima que el Código civil otorga al cónyuge viudo tiene la naturaleza jurídica de legado, aunque *honoris causa* se le otorgue a aquél el título de heredero, porque ni el designado en cuota de usufructo, ni el llamado como usufructuario universal son sucesores a título universal ni, por tanto, herederos. En contra, de considerar el cónyuge viudo directamente como legatario se manifiesta ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «R.D.P.», 1944, T. 28, pp. 185 y ss., cuando afirma que no es aceptable calificar el derecho que el Código otorga al cónyuge viudo de legado legal.

(69) DE LA CÁMARA: *Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el Código civil. Centenario de la Ley del Notariado*, Secc. 3.^a, Vol. 1, Madrid, 1964, pp. 882 y ss. y 970 y ss., en donde afirma: no existe un llamamiento legal autónomo a favor del cónyuge por razón de la cuota usufructuaria, pues ésta, como la del resto de herederos forzosos, sólo está reservada, de tal manera que el mecanismo de atribución de la misma es idéntica al que funciona para el resto de herederos forzosos.

(70) Ver fundamentalmente ap. B.: Una posible idea parcial de la preterición en el Código civil.

(71) No obstante, VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, en «R.D.P.», 1948, pp. 349 y ss., aun cuando afirmaba que el derecho legitimario del cónyuge viudo derivaba directa y exclusivamente de la ley. A renglón seguido parecía corregir, en cierta medida, esa última afirmación al indicar: esto hace que *tratándose de la legítima del cónyuge viudo, la designación legal y la testamentaria se coloquen en el mismo plano y actúen conjuntamente* (a diferencia de lo que ocurre en la legítima de los demás herederos forzosos).

lla habría de entenderse, en base a lo dispuesto por el artículo 6.3 del Código mencionado, nula de pleno derecho. Esto, en principio resultaba suficiente para rechazar, dada la incompatibilidad existente entre el concepto de preterición y la idea de sucesión forzosa, la bondad, dentro de las coordinadas sucesorias del Código civil, de las dos primeras opiniones anteriormente reseñadas. De no ser así, si el cónyuge viudo resultaba omitido en el testamento de su consorte difunto, es decir, no recibía por testamento su cuota en usufructo, y ni se abría (para los defensores de las teorías expuestas) la sucesión *ab intestato*, habría que plantearse: ¿en qué género sucesorio distinto de los dos mencionados (testado e intestado) tendría fundamento aquella condición de heredero o legatario que del mismo se proclamaba?

De unas breves consideraciones sobre lo que acabamos de manifestar cabría deducir que era la teoría recogida en tercer lugar la que mejor se amoldaba, dentro del tema que nos ocupa, a la idea de preterición que hemos venido perfilando. Sin embargo, aquella primera impresión favorable se desvanecía si se tenían en cuenta planteamientos como éstos:

1.º Es cierto que la idea de preterición referida al heredero forzoso aparece más viable si se considera que la atribución de la cuota usufructuaria sólo puede darse por vía testada o intestada.

2.º De acuerdo con lo anterior, si se produce la omisión del cónyuge viudo en el testamento del premuerto, habrá de entenderse necesariamente que aquél únicamente podrá recibir ya (pues no se le confirió por testamento) su cuota usufructuaria a través de la apertura de la única sucesión que queda: la intestada.

3.º Llegado el caso de abrir la sucesión intestada por preterición del cónyuge viudo, para atribuirle mediante la misma la cuota correspondiente en usufructo, nos encontraríamos que dicho mecanismo resultaría, en caso de existir descendientes, ascendientes legítimos o hijos naturales reconocidos, conforme al contenido del artículo 946: «*A falta de las personas comprendidas en las tres secciones que preceden, heredaran... y los cónyuges por el orden que se establece en los artículos siguientes*», inviable para conseguir la citada finalidad. En otros términos, si el orden de llamamientos establecido por la ley en la sucesión *ab intestato* estaba configurado como sucesivo y no como simultáneo, lo que se confirma en los artículos 930, 935, 939 y 946 del Código civil, resultará lógico pensar que en virtud de lo dicho el cónyuge viudo, siempre que concurriera con sucesores preferentes en el orden de llamamientos, no recibiría nunca su cuota usufructuaria. Aserto que parece confirmar a *sensu contrario* el artículo 953 del Código civil, único en el que, aun llamados a la sucesión *ab intestato* hermanos o hijos de hermanos se reconocía a aquél su derecho a percibir en concurso con los mismos la cuota en usufructo del artículo 837.

a) *Un postura a considerar*

Ante las consecuencias tan dispares como inaceptables dentro de la órbita de la preterición que han resultado de los distintos planteamientos aludidos, entendemos razonable hacernos la siguiente pregunta: ¿existía alguna otra explicación coherente al tema que ahora estudiamos? Dar respuesta a esta interrogante será el propósito de las consideraciones que seguidamente pasamos a exponer:

1.^a El Código lo único que confiere al cónyuge viudo es un derecho real de usufructo (72).

2.^a Ese derecho real de usufructo recaía, según los casos, sobre la totalidad o parte de los bienes que integraran el tercio de mejora, sobre los que integraran el de libre disposición o sobre la mitad de la herencia (73).

3.^a Si la ley no sólo reconocía, fallecido su consorte, al cónyuge sobreviviente un derecho real de usufructo, sino que además indicaba, si se quiere indirectamente, sobre qué bienes (los que integrasen alguno de los tercios citados) se entendía constituido, no precisaba el cónyuge viudo que por testamento, sucesión intestada o forzosa se le atribuyera título alguno de heredero o legatario para hacer valer su derecho real que directamente le daba la ley.

4.^a En definitiva, si el cónyuge supérsiste resultaba titular de un derecho real de usufructo que recaía sobre los bienes que, según los casos, conformaran los tercios de mejora o de libre disposición, su preterición no tenía por qué provocar la caída de la institución de heredero o la reducción de los legados por inoficiosos, con la consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*, ni tenía por qué tener a su favor llamamiento legal a título de herencia o legado, sino que le bastaba que en ese caso (el de su preterición) la ley le confirmara la existencia de su derecho real que como tal podría dirigir (al igual que si se le hubiera reconocido en el testamento) contra quien fuera el titular de los bienes sobre los que aquél se entendía por ley constituido, sin necesidad de tener para ello la condición de heredero o legatario, testado, intestado o forzoso.

Explicación ofrecida que llevaba a pensar que el cónyuge difunto no tenía respecto del sobreviviente un verdadero deber de atribuirle la cuota que le correspondiera mediante la constitución en su testamento y a su favor de un derecho real de usufructo que se encontraba constituido directamente por la ley en favor de aquél y, en consecuencia, que pudiera hablarse con propiedad, aún omitido totalmente en el testamento de su consorte, de la preterición del cónyuge viudo.

(72) Así se desprende de los artículos 834 a 839 del Código civil.

(73) Artículos 834, 835, 836, 837 y 839, todos del Código civil.

VI. DISTINTOS MEDIOS, IDENTICO PROPOSITO

A) La controversia entre dos instituciones: argumentos que se manejan

Del examen, hasta aquí realizado, de la figura principal de este trabajo queda patente que la misma, en el período de tiempo ahora estudiado, había conseguido captar en buena medida, como lo demuestran las vivas polémicas suscitadas, la atención que al ámbito del derecho sucesorio dedicaban doctrina y jurisprudencia; si bien no faltaron, durante el período citado, instituciones, como el derecho de representación, que le disputaran, a través de diversos cauces, el protagonismo en el espacio de aplicación y, en consecuencia, aquella atención doctrinal y jurisprudencial. Figura citada que paulatinamente adquiría mayor presencia en la resolución de supuestos igualmente solucionables con los instrumentos que proporciona la preterición. Sin embargo, a pesar de la enorme fuerza de expansión con la que contó en el terreno jurídico el llamado, para algunos desacertadamente (74), derecho de representación, éste nunca llegó a desplazar totalmente a la preterición, su figura rival.

Expuesta la situación entre ambas instituciones, nuestro propósito inmediato será mostrar, siquiera sea de forma resumida, la fuerza que, plasmada en los argumentos elaborados en cada caso por la doctrina, mostraban en sus enfrentamientos cada uno de los institutos mencionados; para ello atenderemos, no a una visión genérica del tema, sino a algunos de los particulares supuestos en los que se cuestionaba concretamente la aplicación de uno u otro. De los distintos casos a analizar, los que fomentaban el mayor número de enfrentamientos doctrinales se encontraban en la premoriencia. Era ésta, referida al heredero forzoso instituido, de la que, en caso de existir legítimos descendientes del premuerto, fundamentalmente se ocupó la doctrina. Aun cuando, si se atiende al planteamiento anterior se apreciará que el problema que subyacía en el fondo, tanto de éste como del resto de supuestos que más adelante analizaremos, no era otro que el de no dejar sin participación alguna en la herencia de un ascendiente a quienes respecto del mismo tenían la consideración de herederos forzosos. Objetivo que se pretendía alcanzar mediante la utilización de los resortes jurídicos que facilitaba una u otra de las figuras citadas: preterición o derecho de presentación. Alternativa para conseguir idéntica meta que sirvió para poner de relieve, entre otras

(74) OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, p. 338. CASTÁN: *El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria*, en «R.G.L.J.», 1942, p. 158. SIERRA BERMEJO: *El derecho de representación en la sucesión testada*, en «A.A.M.N.», T. 4, 1948, pp. 495 y ss.

cosas, los inconvenientes y las ventajas que se derivarían de elegir, una u otra, como medio de acceder a aquélla.

Con el sólo ánimo de resumir los argumentos, suficientemente explicados por quienes en su momento los elaboraron, ofrecidos en defensa de la aplicación de cada una de las instituciones citadas, puntualizaremos lo siguiente:

a) Quienes el caso planteado lo consideraban de preterición, y como tal debía resolverse de acuerdo con el contenido del artículo 814 del Código civil, afirmaban entre otras cosas:

1. No existe para el caso de premoriencia una norma que de manera expresa llame a los descendientes del hijo premuerto a la porción legítima (75).

2. No resulta necesario introducir al derecho de presentación para resolver un caso que ya tiene solución, en el propio Código civil, respecto de los descendientes legítimos de hijos a través de la preterición y en los demás supuestos mediante el instituto de la sustitución (76).

3. Al seguir el Código civil español el sistema del Derecho romano sobre la preterición se elude el peligro (en caso de premoriencia del hijo, con descendientes, instituido) de que la estirpe quede excluida de la herencia (77).

b) Por su lado, los defensores (78), en el mismo supuesto, de la representación sucesoria, argumentaban en favor de su tesis:

1. Sólo una interpretación «complicada y retorcida» del artículo 814, con el único propósito de rechazar el derecho de representación en favor de los hijos del premuerto, permite llegar a la conclusión de que en ese caso lo que existe es preterición de aquéllos (79).

(75) DE LA CÁMARA: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», T. 7, 1955, p. 33. Si bien en las páginas siguientes continúa dando argumentos en defensa de la tesis que mantiene. Igualmente se mostraba partidario de la preterición ALBI AGERO: *Derecho de acrecer entre herederos forzosos*, en «R.D.P.», 1942, pp. 116 y ss.

(76) CRUZ AUÑÓN: *Un caso frecuente de preterición*, en «A.A.M.N.», T. 3, 1946, pp. 553 y ss.

(77) ROCA SASTRE: *Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria*, en «R.G.L.J.», T. 5, 1943, pp. 600 y ss. Si bien llega a afirmar (pp. 611 y ss.) que no se debe entender que representación sucesoria y testamento sean absolutamente incompatibles, pues esto no acaece cuando el testador hace suyo de un modo expreso o tácito los preceptos que regulan la sucesión intestada. *Idem: Estudios de Derecho privado*, Vol. 2, Sucesiones, Madrid, 1948, pp. 264 y ss., en donde (p. 270) afirma nuevamente: si el legitimario en cuyo favor se dispuso premuere al causante dejando hijos, se producirá la preterición de éstos con todas sus consecuencias salvo que exista sustitución vulgar.

(78) Entre éstos se puede contar a JIMÉNEZ ARNAU: *El derecho de representación en la sucesión voluntaria*, en «R.C.D.I.», 1940, quien en las pp. 22 y ss. parece mantener que aun cuando en el terreno del derecho positivo los descendientes del premuerto deben considerarse preteridos, en el ámbito del derecho constituyente debería admitirse en tales supuestos la aplicación directa del derecho de representación, pues, en definitiva, sus consecuencias serían las mismas que las derivadas de la preterición.

(79) SIERRA BERMEJO: *Loc. ult. cit.*, pp. 467 y ss.

2. En caso de premoriencia del hijo instituido, los descendientes de éste no deben considerarse preteridos, pues ocuparan su lugar como representantes en virtud de un derecho nacido de su cualidad de descendientes (80).

Además de en los supuestos de premoriencia, preterición y representación pugnan, por imponer su aplicación, con los argumentos que para ello les proporcionaba la doctrina, en los casos de desheredación e incapacidad. En el primero, quienes lo consideraban dentro de la esfera de influencia de la preterición argüía que: una correcta lectura del artículo 857 del Código civil, llevaba a la consecuencia de que los hijos del desheredado omitidos, lo que tendrían sería simplemente el derecho que a los preteridos les concedía el artículo 814 del mismo Código (81). Por el contrario, los partidarios de la representación opinaban que era ésta, en virtud de lo expresamente dispuesto en el artículo 929 del Código civil (en relación con el 857), la que resultaba pertinente para la resolución de aquel caso (82). Finalmente algún autor llegaba a afirmar que en los casos de desheredación lo que realmente existía, en favor de los descendientes del desheredado, era una atribución directa de la ley de la porción legítima que constituía simplemente *una successio graduum* (83).

Argumentos utilizados, ante la desheredación, para defender lo razonable de la aplicación de cada una de las figuras citadas que en buena medida se repetían al ocuparse los autores de la incapacidad. Así frente a quienes defendían, en ese caso, la aplicabilidad de

(80) NOVOA SEOANE: *El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes*, en «R.D.P.», T. 1, octubre, 1913, diciembre, 1914, pp. 143 y ss., quien llega a afirmar que instituidos los herederos forzosos del primer grado se entienden instituidos todos los descendientes de los mismos en línea recta. Postura mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 19 de octubre de 1899 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 88) en la que afirmaba: «En materia de sucesiones debe entenderse que en la palabra hijos están comprendidos los nietos a no ser que se hallen expresamente excluidos»; en semejantes términos las de 3 de octubre de 1903 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 96) y 14 de mayo de 1928 («R.G.L.J.», Juri. Civil., T. 183). De otro lado la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1952 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 15) en un caso de premoriencia del instituido nominativamente afirmaba que: «En cuanto al tercio de legítima estricta nadie ha puesto en duda que, dado el evento de la premoriencia, los nietos deben recibir la participación que les corresponde como herederos forzosos»; si bien rechazaba su extensión a la porción libre (en la que se incluía el tercio de mejora) de la herencia testada.

(81) DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, pp. 35 y ss.

(82) CASTÁN: *Loc. ult. cit.*, p. 169. NOVOA SEOANE: *Loc. ult. cit.*, pp. 143 y ss.

(83) ROCA SASTRE: *Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria*, en «R.G.L.J.», T. 5, 1943, p. 609, en la que después de afirmar que en los casos de desheredación el artículo 857 establece el derecho de representación en favor de la estirpe del desheredado (si bien sobre la legítima en sí y no sobre la disposición testamentaria al ser ésta de carácter negativo) sostenía que en rigor se trataba más bien de una *successio graduum*. *Idem: Estudios de Derecho privado*, Vol. 2, Sucesiones, Madrid, 1948, pp. 270 y ss., confirma la tesis citada.

la preterición (84) se encontraban los paladines de la representación (85) y junto a ellos quienes consideraba (86) que a través del artículo 761 del Código civil, lo que se introducía era una especie de *successio graduum*.

Polémica doctrinal entre preterición y representación que, para los defensores de esta última, contaba, una vez pronunciados sobre aquella, con un segundo, pero no por ello menos relevante, punto de discrepancia centrado en el alcance que aquel derecho se le debería de dar dentro de la sucesión testada (87).

B) Reflexiones sobre algunos supuestos de solución controvertida

a) La premoriencia del instituido: un hecho con solución alternativa

Resumidas las posiciones doctrinales en los supuestos contemplados, no podemos, por menos, dejar de hacer algunas consideraciones sobre los mismos, por lo que puedan servir como puntos de vista que se podía haber tenido en cuenta a la hora de decidirse a aplicar una u otra figura al caso concreto planteado.

Si nos colocamos ante el primer supuesto analizado, premoriencia del legitimario instituido en testamento, con descendientes que no lo fueron, y se considera que su contenido no admitía una posible entrada en juego de la figura de la sustitución, se contemplará una situación, por las razones que señalaremos, evidentemente, favorable a la aplicación del instituto de la preterición:

1.^a Si se combinaban los principios que regían el Código civil en materia sucesoria (88) con el contenido del artículo 807 del mismo, se podía afirmar que los hijos o en su defecto los ulteriores descendientes del instituido premuerto, pasaban a ser herederos forzosos del causante.

2.^a Admitido lo anterior se debería igualmente reconocer que los

(84) DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, pp. 36 y ss. En contra, SIERRA BERMEJO: *Op. cit.*, pp. 467 y ss.

(85) GIMÉNEZ ARNÁU: *Op. cit.*, pp. 28 y ss. CASTÁN: *Loc. ult. cit.*, si bien ahora la entrada de la representación se daba a través de los artículos 761 y 929 del Código civil. NOVOA SEOANE: *Op. cit.*, pp. 143 y ss.

(86) ROCA SASTRE: *Loc. ult. cit.*, p. 272.

(87) GIMÉNEZ ARNÁU: *Loc. ult. cit.*, pp. 22 y ss., se muestra partidario de que el derecho de representación debe admitirse con carácter general y no sólo respecto de la legítima. Por el contrario, son proclives a una menor extensión del derecho de representación, CASTÁN: *Loc. ult. cit.*, pp. 154 y ss., si bien considera, al menos defendible, que el derecho de representación abarque a la mejora. OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, pp. 334 y ss., afirma que tal derecho (el de representación) sólo debe admitirse respecto de la legítima estricta. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *La cuota viudal y su regla fija*, en «R.G.L.J.», T. 12, 1946, pp. 570 y ss.

(88) Fundamentalmente los recogidos en el Cap. III, del Tít. III, del Código civil (artículo 930 y ss.).

mismos (los descendientes del premuerto), tenían derecho a percibir de éste, y, en consecuencia, que el testador tenía el deber de disponer en su favor, la legítima que como herederos forzosos les correspondía.

3.^a Si el causante respecto de los mismos había pasado a tener idéntico deber (o deberes si se recuerda lo que se dijo al hablar del concepto de preterición) (89) que tenía para con el premuerto parecía lógico admitir que, si un total incumplimiento en relación con éste suponía incurrir en su preterición, también lo sería cuando aquella falta de cumplimiento viniese referida a los segundos.

4.^a Entendida la omisión total de los descendientes del instituido premuerto en el testamento de su ascendiente como un supuesto de preterición, se podrían (90) aplicar, sobre las disposiciones testamentarias, los efectos que establecía el artículo 814 del Código civil.

No obstante, a pesar de las afirmaciones precedentes, resulta posible, ante el mismo caso, dar entrada a otras consideraciones, que de atenderse llevarían a una solución completamente distinta de la anterior, como serían:

1.^a Resulta perfectamente admisible que la premoriencia del legitimario instituido hiciera que sus descendientes, conforme a los principios que regían en esta materia en el Código civil, pasaran a tener, respecto del causante, la mencionada condición de legitimarios.

2.^a El aserto anterior no suponía en modo alguno, salvo que se diera entrada al derecho de acrecer en favor de los legitimarios instituidos, que aquéllos, incluso sin admitir sustitución alguna en su favor (91), habían sido preteridos. Lo que se fundamenta en los siguientes apartados:

a) Tanto si el legitimario fallecido antes que el causante era instituido por este heredero como legatario, resulta evidente que en ningún caso pasaba a ser titular no ya de la parte de la herencia con la que se le quería beneficiar, sino tan siquiera (en el caso de ser nombrado heredero) del derecho a adquirirla (*ius delationis*).

(89) Si se recuerda [Cap. II del Código civil, b) Los cautelosos pronunciamientos del Tribunal Supremo] conforme a la doctrina de este Alto Tribunal el concepto de preterición se construía sobre el deber de la atribución material de la cuota legítima y sobre el deber de que la misma se hiciera mediante alguno de los títulos propios del testamento.

(90) Decimos podrían porque tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y el Notariado había admitido la posibilidad de que el acuerdo entre preteridos e instituidos evitara las perturbadoras consecuencias que sobre el testamento acarrearía la rigurosa aplicación del artículo 814 del Código civil. En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1903 y 31 de enero de 1913 y Resoluciones de 30 de junio de 1910 y 10 de mayo de 1950.

(91) Recuérdese que el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias había admitido que en la palabra hijos estaban comprendidos también los nietos, así en Sentencias de 19 de octubre de 1899 («R.G.L.J.»), Juris. Civil, T. 88), 3 de octubre de 1903 («R.G.L.J.»), Juris. Civil, T. 96), 14 de mayo de 1928 («R.G.L.J.»), Juris. Civil, T. 183) y 6 de diciembre de 1952 («R.G.L.J.»), Juris. Civil, T. 40).

b) Si se considera (92), que cuando el legitimario instituido (heredero o legatario) premoria al testador no adquiriría ni la parte de herencia dispuesta a su favor ni tan siquiera, si estaba designado heredero, el derecho a adquirirla (*ius delationis*) podrá entenderse, siempre que no resulte aplicable ni el derecho de acrecer ni la figura de la sustitución, que aquella porción a la que estaba llamado quedaba vacante.

c) Conformes con lo anterior cabía admitir sin ninguna dificultad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 912.3 del Código civil, en relación con el 658.3 del mismo cuerpo legal, que respecto de esa porción de herencia, que quedaba sin titular testamentario, tendría lugar la apertura de la sucesión *ab intestato*.

d) Si de acuerdo con lo dicho se producía, para la porción de herencia citada, la apertura de la sucesión intestada, debería entenderse que en ella, en virtud de lo dispuesto por el artículo 933 del Código civil, heredaban los descendientes, del premuerto instituido, por derecho de representación.

e) Admitido esto no resultará forzado pensar, si se considera que en la expresión «por cualquier título» del artículo 815 del Código civil, se incluían también los que lo fueran *ab intestato* (93), que aquéllos no habían sido preteridos; sobre todo si, de acuerdo con lo establecido por el artículo 675 del Código civil, resultaba admisible que fuera la vía de la sucesión intestada la que estuviera presente, al menos en la intención del *de cuius* al elaborar su testamento, como medio de hacer llegar a los descendientes del premuerto todo o parte de su legítima.

f) Conforme a lo expuesto anteriormente, los citados supuestos podrían resolverse, sin especial dificultad, a través de la aplicación del artículo 815 del Código civil sin necesidad de recurrir a los perturbadores efectos que para el testamento tendría, en caso de afirmarse la preterición, la aplicación del artículo 814 del Código civil.

b) *La desheredación de un legitimario: una razón favorable a la preterición*

Para el segundo punto al que aludimos (desheredación del legitimario) se podrían tener en cuenta estas puntualizaciones:

1.^a En primer lugar, se debería atender a la desheredación, de

(92) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 657 del Código civil. En el mismo sentido, ALBALADEJO: *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, pp. 18 y 47, cuando afirma que si el instituido premuere al testador no recibe delación; *La sucesión «iure transmissionis»*, en «A.D.C.», 1952, T. 4, Fas. 3, pp. 915 y ss.

(93) VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479; *Op. cit.*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 4, pp. 1366 y ss., si bien parece exigir una cierta intencionalidad en el causante respecto de la sucesión intestada para que la misma pudiera evitar la preterición.

tal manera que si ésta era injusta no habría nada que discutir, dado que la solución vendría por los cauces dispuestos en el artículo 851 del Código civil para las de este tipo, sobre la aplicación de la preterición o del derecho de representación.

2.^a Si, por el contrario, la desheredación del legitimario se ajustaba a las exigencias que el Código civil imponía (artículos 848 y siguientes) para llevarla a cabo, se debería atender a los siguientes puntos:

— Que el causante desheredaba justamente al heredero forzoso con descendientes sin atribuirles a éstos nada en su testamento (si hacía alguna disposición en favor de éstos obviamente no se produciría su preterición).

— Que el *de cuius* hubiera dispuesto de todo su as hereditario.

Si los presupuestos aludidos se daban: ¿qué institución resultaría procedente aplicar: la preterición o el derecho de representación? Para ayudar a encontrar la respuesta más adecuada a la cuestión planteada cabría hacer, en términos de gran cautela, consideraciones como éstas:

a) De acuerdo con lo expresamente dispuesto por el artículo 658 del Código civil cabía afirmar que únicamente la sucesión deferida por la voluntad del hombre manifestada en testamento se podía calificar de testamentaria.

b) Si junto a lo anterior se llegaba a reconocer que los únicos tipos de sucesión *mortis causa* admitidos en nuestro Código son la testada y la intestada, y en ningún caso la denominada forzosa, resultaría coherente pensar:

— Carecería de sentido hablar, al menos en el caso que nos ocupa, respecto de la sucesión testada del derecho de representación, puesto que ello requeriría, como se constataba en la lectura del artículo 658 citado, para ser utilizada con propiedad que necesariamente viniese diferida por la voluntad del hombre manifestada en testamento, en definitiva, por el testador.

— Si el derecho de representación en la sucesión testamentaria, en favor de los descendientes del desheredado, únicamente podría introducirse por voluntad del causante de la misma, parecería, si se tienen en cuenta los presupuestos de los que hemos partido, más lógico admitir si de las cláusulas testamentarias se llegaba a desprender, bien como voluntad, recogida literalmente en las mismas a través de su interpretación, bien, en caso de duda, como intención del causante (94), que éste quería hacer llegar a los descendientes del desheredado a través, incluso, de su denominado, en favor de los mismos derechos de representación, que éstos habían sido instituidos herederos

(94) Artículo 675 en relación con el 772.2 del Código civil, en el que no exigía forma determinada para instituir herederos y, entre otros, con los artículos 660 y 768 del mismo Código.

o legatarios, condición en virtud de la cual percibirían, y no por un derecho de representación, la legítima correspondiente.

En resumen, si de los únicos tipos de sucesión reconocidos por el Código civil, testada e intestada, la primera, que prevalecía sobre la segunda (artículo 658.1 del Código civil), únicamente podía tener su origen en la voluntad del causante (artículo 658.1 del Código civil) y éste, en su testamento, había distribuido íntegramente su patrimonio hereditario sin disponer nada en favor de los descendientes del desheredado, difícilmente podría afirmarse que éstos iban a recibir su legítima mediante la representación testamentaria, cuando ni se había dejado una vía abierta a la sucesión intestada para que actuara sobre parte, al menos, del patrimonio hereditario, ni la voluntad del *de cuius*, manifestada en su testamento, daba acceso al derecho de representación en favor de los mismos. De tal manera que si además se entendía que los descendientes del desheredado habían pasado a ser, como consecuencia de la desheredación, herederos forzosos del causante (artículo 807 en relación con el 857 del Código civil), éstos podrían, al no recibir por vía alguna nada de la herencia, considerarse preteridos. Consecuencia a la que no se oponía el artículo 929 del Código civil en el que se establecía la posibilidad de representar a una persona viva en los casos de desheredación o incapacidad, pero no imponía hacerlo.

Si, por el contrario, el causante al hacer testamento, por el que igualmente distribuía íntegramente su patrimonio, se decidía a introducir un derecho de representación, en favor de los descendientes del desheredado, para que éstos percibieran la parte de legítima correspondiente, tal derecho debería entenderse más bien, puesto que se utilizaba para disponer directamente en favor de los citados descendientes, como una disposición (artículo 668 del Código civil) a título de herencia o de legado.

Ahora bien, lo dicho hasta el momento ni implicaba, aun admitiéndolo, que el testador no pudiera, en modo alguno (ejemplo: si no disponía de parte de su haber hereditario) valerse para distribuir su herencia de los medios que se regulaban en la sucesión *ab intestato*.

c) *La incapacidad: otro supuesto a considerar*

En los casos de incapacidad del legitimario inmediato con descendientes cabría distinguir:

1. En el caso de que en su testamento, en el que hubiera dispuesto de todo el as hereditario, no instituyera ni al incapaz ni a sus descendientes, cabría tener en cuenta prácticamente las mismas razones ya expuestas al hablar de la desheredación para decidir si en dicho caso debería funcionar el mecanismo de la representación.

2. Que el incapaz fuera instituido, pero no sus descendientes. Ante esto cabría precisar:

— Si el incapaz se mantenía jurídicamente como tal a pesar de ser instituido por el causante (95) habría de afirmarse, de acuerdo con el artículo 755 del Código civil, la nulidad de la disposición testamentaria hecha en su favor.

— Afirmación precedente que conectaba con el contenido de los artículos 761 y 764 del Código civil, posibilitaba mantener, fundamentalmente a tenor de lo dispuesto en el artículo 764, *in fine*, «y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos» (entiéndase *ab intestato*), que los descendientes del incapaz, aun sin haber sido instituidos en el testamento, podrían, por razones ya dichas (96), no considerarse preteridos al recibir parte de la herencia del causante como sucesores intestados; con la posibilidad lógicamente de poder ejercitar las acciones que para completar su legítima, si era el caso, les concedía el artículo 815 del Código civil.

Al igual que los apartados precedentes (en los que nos hemos ocupado de las vicisitudes que, desde la publicación de nuestro Código civil hasta la reforma del mismo por la Ley de 24 de abril de 1958, afectaron al instituto de la preterición) en los que siguen (comprenderán desde la citada ley hasta la más reciente de 13 de mayo de 1981) trataremos igualmente de centrar nuestro estudio fundamentalmente en las normas que, vigentes en el citado período, incidían sobre el mencionado instituto, así como en las opiniones doctrinales de más relieve vertidas, en relación con el mismo, en el transcurso de aquél.

VII. LAS ESCASAS REPERCUSIONES DE UNA REFORMA NORMATIVA

A) Supresión y ampliación: simple reconocimiento legal de tesis precedentes

A pesar de ser muchas otras, incluso de más envergadura jurídica, las cuestiones que habían suscitado, al hilo del artículo 814 del Código civil, mayores polémicas entre los autores patrios o recelos en los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal (97), la Ley de 24 de abril de 1958, en relación con el mencionado artículo, se limitó a recortar y retocar su contenido en extremos que, por otro lado, habían quedado ya prácticamente superados por la orientación que respecto de ellos

(95) Es decir, no le era de aplicación la norma del artículo 757 del Código civil

(96) Que la sucesión intestada podía evitar la preterición, VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, en «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 2, p. 479, y «A.D.C.», 1951, T. 4, Fas. 4, pp. 1366 y ss.

(97) Ver apartados precedentes.

habían tomado doctrina científica y jurídica (98). En efecto, una simple lectura del mismo antes y después de la citada ley evidenciaba, si se recuerdan los numerosos problemas que relacionados con la preterición se habían suscitado, las escasas pretensiones de solución a los mismos que el nuevo texto representaba; limitado a excluir la frase: «sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea, que nazcan después de muerto el testador», que había propiciado diferencias doctrinales sobre si debían o no considerarse dentro de esa formulación los cuasi-póstumos y a incluir, respecto de los derechos del cónyuge viudo, la referencia a dos artículos, el 838 y 839 del Código civil, anteriormente silenciados (99). Alcance de la reforma de 1958 sobre el reiterado artículo 814 del Código civil, que junto con la permanencia de artículos, como el 815 y 851 del Código civil, claves en la elaboración del concepto de preterición, permitían afirmar no sólo que los efectos para el testamento continuaban idénticos, caso de producirse aquélla, antes y después de la citada reforma, lo que resultaba evidente con la simple lectura del artículo 814 en su versión nueva y derogada, sino además que no se había operado una modificación normativa del suficiente calado como para dar entrada a un nuevo concepto de la figura que nos ocupa (100); si bien con la nueva regulación, introducida también por la Ley de 1958, de la figura de la adopción en el Código civil se podía considerar ampliado el alcance personal de la preterición, si se conectaba el contenido del artículo 807.3 del Código civil, en el que se incluían entre los herederos forzosos a los hijos naturales legalmente reconocidos y al padre o

(98) Recordar, entre otras, la *R.D.G.R.N.* de 10 de mayo de 1950 y las opiniones de SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, T. 5, Vol. 2, Derecho de sucesión, Madrid, 1910, p. 1131. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, T. 14 (artículos 806-857), 4.ª ed., Madrid, 1944, pp. 423 y ss. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., T. 4, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944, pp. 576 y ss. DE LA CÁMARA; *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», 1955, T. 7, p. 33, en las que se admite la preterición de los cuasipóstumos. Y, de otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1900 («R.G.L.J.», *Juris. Civil*, T. 89) y la advertencia de la doctrina sobre la incompleta remisión del artículo 814 al aludir a los artículos en los que se contenían los derechos del cónyuge viudo. SÁNCHEZ ROMÁN: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 2, p. 1142.

(99) En relación con la reforma del artículo 814 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958 se ha llegado a afirmar que la supresión de las palabras «sean que vivan... muerto el testador» se hizo con ocasión de retocar el mencionado artículo en la remisión que éste contenía respecto de los derechos del viudo, pero sin necesidad alguna de hacerlo. AMORÓS y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. 2, Madrid, 1984, p. 1283.

(100) Afirmación que se ve confirmada por la referencia que en trabajos posteriores a 1958 los autores, prácticamente sin excepción, hacían con relación a este tema a opiniones aparecidas con anterioridad a dicho año; entre otros muchos: PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, T. 5, Vol. 3, Barcelona, 1964, pp. 203 y ss. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, T. 5, Sucesiones, Vol. 2, Madrid, 1963, pp. 709 y ss. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. 6, Vol. 1 (artículos 744 a 839), 8.ª ed., Madrid, 1973, pp. 646 y ss.

madre de éstos, con el del artículo 179.1 del mismo Código (ambos modificados tras la mencionada ley), en el que se equiparaban, respecto de la adopción plena, los herederos del adoptado en la herencia del adoptante a los del hijo natural reconocido y los del segundo en la sucesión del primero a los del padre natural, sin que ello supusiera, no obstante, para el adoptado la pérdida de sus derechos sucesorios respecto de sus ascendientes o colaterales por naturaleza (artículo 179.2 del Código civil). Alcance personal que más adelante, concretamente por Ley de 4 de julio de 1970, tomaba mayor profundidad para adoptados y adoptantes en la adopción plena al equipararlos (con algunas particularidades), a los hijos y padres legítimos, respectivamente (artículo 179, párrafos 1 a 4, del Código civil), a la par que se ampliaba cuando en el artículo 180, *in fine*, del Código civil se asimilaba, en la sucesión del adoptante, a los adoptados en forma simple con los hijos naturales reconocidos y aquél en la sucesión del adoptado a la del padre natural (101).

B) Discrepancias y continuidad: pruebas de una insuficiencia

Pero, como avanzamos, la reforma normativa que en el Código civil introducía, respecto de la preterición, la Ley de 24 de abril de 1958 resultaba insuficiente para resolver muchas de las importantes polémicas surgidas, con anterioridad a esa fecha, en torno a la figura mencionada; prueba de esa insuficiencia se encuentra, de un lado, en la existencia, con posterioridad a la misma, de discrepancias doctrinales (de las que ya nos ocupamos en apartados precedentes) que nacida antes de la aparición de la reiterada ley seguían reproduciéndose después de ésta, como eran:

1.^a A pesar de que en su gran mayoría los autores, después de 1958, seguían mostrándose contrarios a admitir en el Código civil una sucesión forzosa, para los herederos de ese nombre, respecto de la

(101) Para más información sobre la adopción ver (entre otras muchas obras relacionadas en las que ahora se cita), GARCÍA CANTERO: *Aspectos sucesorios de la nueva Ley de Adopción*, en «R.G.L.J.», T. 41., 1970, pp. 677 y ss., en las que se precisa que el hijo adoptivo (se está refiriendo a la adopción plena) no se inserta en la familia del adoptante a efectos sucesorios de tal manera que si el adoptante fallece el hijo adoptivo no heredará a los padres de éste. VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, Las legítimas, Vol. 1, Madrid, 1974, pp. 106 y ss., quien tras plantearse si en la adopción plena el adoptado conserva los derechos legítimos frente a sus ascendientes por naturaleza, se inclina por una respuesta afirmativa. En el mismo sentido, GARCÍA BERNARDO: *La legítima del Código civil en la adopción*, en «R.D.P.», T. 57, pp. 534 y ss., quien además la extiende a los supuestos de adopción simple. ALBALADEJO: *Para una interpretación del artículo 814.1 del Código civil*, en «R.D.P.», 1967, T. 51, pp. 1045 y ss., en las que se muestra partidario de que la preterición del hijo adoptado por el adoptante tras la reforma de 1958 sólo debe dar lugar a una reducción a prorrata de todas las disposiciones testamentarias, pero en ningún caso a la nulidad total de la institución de heredero.

legítima, no faltaban quienes, al menos para la misma, afirmaban su existencia en aquél, como un tercer tipo sucesorio, junto al testado e intestado (102).

2.^a Si bien, en el período que nos ocupa, la corriente más aceptada doctrinalmente había pasado a ser, en líneas generales, la que entendía la expresión «por cualquier título» del artículo 815 del Código civil comprensiva de la posibilidad para el causante de atribuir la legítima, a los herederos forzosos como medio de evitar su preterición, a título de heredero (testado o intestado), legatario o donatario, con la exigencia, para este último, de su recuerdo testamentario (103), no faltaba quien entendiera esta última alusión en testamento, innecesaria para eludir aquélla (104).

3.^a Por lo que hacía a la posibilidad de aplicar o no el derecho de representación en la sucesión testada con la distinta incidencia, de la que ya nos hicimos eco, que una y otra postura tendría sobre el ámbito de aplicación de la preterición, las opiniones ofrecidas mantenían, al igual que antes, puntos de vista divergentes respecto a la aplicación de aquel derecho en la sucesión testamentaria (105).

(102) Partidarios de la primera postura se mostraban: GARCÍA BERNARDO: *Designación «mortis-causa», vocación hereditaria y adquisición automática*, en «R.D.N.», núm. 24, 1959, pp. 97 y ss.; *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 330 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en «A.D.C.», T. 28, Fas. 1, 1965, pp. 108-109. DE LA CÁMARA: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil. Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. 3.^a, Vol. 1, Madrid, 1964, pp. 760 y 987. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, Vol. 2, pp. 739 y ss. GARCÍA-BERNARDO: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 83 y ss. GARRIDO PALMA: *Visión notarial de la legítima*, en «R.D.N.», 1971, pp. 511 y ss. De la segunda, GARCÍA VALDECASAS: *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en «R.D.P.», T. 67, 1963, pp. 956 y ss., si bien reconoce la sucesión forzosa sólo respecto de la que él llama cuota hereditaria reservada. MENÉNDEZ-VALDÉS: *Variaciones sobre la legítima*, en «R.D.P.», T. 63, 1969, pp. 169 y ss.

(103) GARCÍA-BERNARDO: *Designación «mortis-causa», vocación hereditaria y adquisición automática*, en «R.D.N.», núm. 24, 1959, pp. 97-98; *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 330 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en «A.D.C.», T. 18, Fas. 1, 1965, p. 104; *Las legítimas*, Vol. 2, p. 780. DE LA CÁMARA: *Loc. ult. cit.*, p. 777. GARCÍA-BERNARDO: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 99. MANRESA: *Loc. ult. cit.*, p. 672.

(104) ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, Vol. 5, Sucesiones, 3.^a ed., Madrid, 1974, p. 485.

(105) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, pp. 91 y ss. y 627 y ss.; *Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil*, en «R.D.P.», 1967, p. 737: al admitir la representación, en el «status» del legitimario, de forma plena en los casos de premoriencia y limitada en los de desheredación o indignidad, parecía aceptar el juego del derecho de representación, en la legítima estricta, únicamente en los dos últimos supuestos. Por contra la resolución de la «D.G.R.N.», de 14 de agosto de 1959 (Jurisprudencia Registral, T. 9, 1951.63) negaba absolutamente, en la sucesión testada la posibilidad de dar entrada, tanto en los casos de premoriencia, desheredación, renuncia o incapacidad, el mecanismo del derecho de representación. En el mismo sentido, GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 354-355.

Y, de otro lado, la poca entidad de la reforma también se hacía patente en la referencia que en los trabajos dedicados, con posterioridad a ese año de 1958, al estudio del entonces vigente instituto de la preterición, o de algunos de sus problemas, los autores, una vez para apoyar sus tesis y otras para mostrar las contrarias, hacían a obras o resoluciones elaboradas con anterioridad a aquel año (106).

C) Conceptos de la preterición: reflejo de coincidencias y divergencias

Con todo, las discrepancias doctrinales existentes no constituían, sin embargo, óbice alguno para que los autores se decidieran a resumir en conceptos lo que entendían por el instituto de la preterición. Llegados a este punto observamos, al comparar algunos de los ofrecidos por la doctrina científica, la falta de una plena identidad entre los mismos, si bien se apreciaban algunos puntos de coincidencia que seguidamente concretaremos:

1.º La privación o la omisión iba referida siempre, mediata o inmediatamente, a un legitimario, condición que inevitablemente se conectaba, unas veces de manera expresa y otra tácita, con la legítima.

2.º Debía darse (la privación u omisión) en el testamento.

3.º De forma no expresa (107).

Por lo que hace a las diferencias, éstas se mostraban particularmente acentuadas cuando los autores, en su intento de precisar aún más el alcance de los términos privación u omisión, los ponían en conexión con ideas como las que siguen: uno con la cualidad de heredero latente en el legitimario (108), otros con la idea de cuota reservada (109), sin que faltara quien remitía la omisión sólo al legitimario, pero siempre que no resultara, ni del texto ni del contexto del testamento, que el causante había querido excluirlo (110), a la pre-

(106) Sirvan de ejemplo, entre otros muchos, CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, T. 6, Derecho de sucesiones, Vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, pp. 681 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 592 y ss. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, 2.ª ed., T. 6, Sucesiones, Pamplona, 1972, pp. 708 y ss. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, T. 5, Vol. 2, Barcelona, 1964, pp. 203 y ss. ALBALADEJO: *Loc. ult. cit.*, pp. 1023 y ss. GARCÍA-BERNARDO: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 101 y ss. PUIG BRUTAU: *Tratado de Derecho civil español*, T. 5, Vol. 2, pp. 373-374.

(107) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, p. 363; *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 101 y ss. GARCÍA VALDECASAS: *Loc. ult. cit.*, p. 966. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, p. 594. SANTOS BRIZ: *Derecho civil teoría y práctica*, T. 6, Derecho de sucesiones, Jaén, 1979, pp. 685 y ss. PUIG PEÑA: *Op. cit.*, T. 5, Sucesiones, Vol. 2, pp. 374, 375 y 709.

(108) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y...*, p. 363; *La legítima en el Código civil*, p. 101, acentúa la idea, ya aludida en la obra anteriormente citada, de privar de toda participación hereditaria sin imputar a la legítima.

(109) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 966.

(110) VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, T. 1, Vol. 1, Las legítimas, p. 604.

sunción de existencia de una determinada voluntad por parte del testador (111), o a la falta de las referencias dispositivas precisas para cubrir al menos en parte la legítima (112).

De lo expuesto se puede desprender que una identificación de la figura que nos ocupa (la preterición), de acuerdo con las opiniones doctrinales recogidas, debería pasar siempre por la comprobación de la existencia de esos puntos sobre los que no se daba discusión alguna entre los autores.

D) Las resoluciones de la doctrina jurídica: una confirmación de la cicatería de la reforma

Ahora bien, ¿esos requisitos admitidos unánimemente por la opinión de la doctrina citada, eran también aceptados por la jurisprudencia como, caso de darse, indicativos de una presumible existencia de preterición? Al trasladar nuestra atención sobre la pregunta planteada apreciamos, en un primer acercamiento, cómo las resoluciones judiciales se encontraban lejos de entender la preterición de forma distinta a como lo habían hecho con anterioridad (113); esto permite afirmar que las nuevas decisiones lo eran exclusivamente en función del tiempo en el que se daban (después de 1958) y no por razón de su contenido en el que se reflejaba la fidelidad a la idea de preterición anteriormente consagrada entre la jurisprudencia (114). Afirmación fácilmente constatable si se observa cómo los pronunciamientos referidos, al resolver supuestos de preterición, razonaban sus planteamientos sobre esta figura sin detenerse en explicar el significado que a la misma daban (115), lo que, en definitiva, suponía admitir como bueno, aunque implícitamente, el aparecido en resoluciones precedentes; o en todo caso llegaban a «arriesgar» afirmaciones como éstas: «y es esta omisión (la de una hija natural reconocida con posteriori-

(111) SANTOS BRIZ: *Op. cit.*, T. 6, p. 685.

(112) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, T. 5, Sucesiones, Vol. 2, pp. 374-375; *Compendio de Derecho civil español*, 2.^a ed., T. 4, Pamplona, 1972, p. 709.

(113) Si recordamos en el precedente apartado del Código civil: b) Los cautelosos pronunciamientos del Tribunal Supremo, afirmábamos cómo la preterición se asentaba sobre un doble deber:

— Uno, referente a la atribución material de la cuota legítima.

— Otro, al modo en que debía verificarse la citada atribución.

(114) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1932 («R.G.L.J.»), *Juris. Civil*, T. 203), no sólo da el concepto legal de la preterición como: «La privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto a dicho heredero forzoso en línea recta», sino que alude también a jurisprudencia anterior que lo recogía.

(115) R.D.G.R.N., de 14 de agosto de 1959, que se limitaba a afirmar: «Lo expuesto anteriormente conduce a estimar (al haber rechazado la posibilidad al derecho de representación) existente en el caso discutido (omisión de un nieto en el testamento de la abuela por premoriencia de su padre instituido) un supuesto de preterición regulado en el artículo 814 del Código civil.»

dad al testamento) la que sea cualquiera el motivo, sanciona el artículo 814 del Código civil con la anulación de la institución de heredero» (116); «que en la preterición no hay una voluntad declarada del testador» (117), o bien que no se había producido la preterición del heredero forzoso «al no haber habido omisión o falta de mención del mismo en el testamento» (118). Orientación de las resoluciones citadas que, además de lo afirmado al principio, permite sostener, como respuesta a la interrogante planteada, que aquellos requisitos también eran tomados en cuenta por la jurisprudencia para el reconocimiento en los distintos supuestos de la preterición.

Así pues, al menos desde la perspectiva ofrecida por la jurisprudencia, se puede sostener que ésta contaba, para la apreciación de la existencia del instituto en cuestión, con un doble mecanismo (en buena medida complementario) que se traducía, de un lado, en comprobar si en el supuesto contemplado confluían o no los requisitos aceptados por doctrina científica y jurídica como inmanentes a la figura de la preterición, y, de otro, en constatar, si la comprobación resultaba positiva, si se producía también el cumplimiento o no de los deberes sobre los que se asentaba jurisprudencialmente aquella figura (119).

E) Tácita: una nota de dudoso valor distintivo

a) *Una primera impresión: incontrovertida vigencia de dos términos contrapuestos*

Para conseguir un mayor afianzamiento en la teoría expuesta en el sentido de que sobre el instituto de la preterición, tal y como se había entendido en los años precedentes al de 1958, la reforma operada ese año prácticamente había pasado sin afectarle en profundidad, entendemos necesario llevar a cabo, dada la proximidad de las instituciones, un repaso a los puntos claves de distinción entre el instituto mencionado y el de la desheredación. Si recordamos al ocuparnos, en el capítulo que antecede, del tema ahora suscitado, afirmábamos que la principal diferencia entre aquella y ésta radicaba, de acuerdo con las opiniones de la doctrina y el Tribunal Supremo, en el carácter tácito de la primera y expreso de la segunda; si bien nos deteníamos especialmente en demostrar no sólo que el carácter expreso, clara-

(116) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1969 (Ref. Aranzadi 3.824) en la que además, tras invocarse sentencias anteriores, se afirma que de acuerdo con las mismas la desheredación o la preterición han de resultar exclusivamente del testamento.

(117) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1959 (Ref. Aranzadi 125).

(118) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1981 (Ref. Aranzadi 534).

(119) Ver lo dicho en nota 113.

mente afirmable por mor del artículo 849 del Código civil, para la desheredación justa resultaba igualmente posible considerarlo como nota distintiva de la desheredación injusta frente a la preterición; sino también en el alcance que se debería dar al mismo (120).

La respuesta a la cuestión planteada pasa inicialmente por la constatación de la continuidad o no del carácter tácito para la preterición y expreso para la desheredación (fundamentalmente la injusta) como las principales notas distintivas de ambas figuras. Propósito que nos lleva a comprobar, una vez más, la escasa variación sufrida, tras la reforma, en puntos de vista admitidos como válidos con anterioridad. En efecto, no sólo los autores, sino también el Tribunal Supremo continuaban haciendo el trazado de la línea divisoria entre preterición y desheredación en atención, fundamentalmente, a estas dos palabras: tácita y expresa (121). De acuerdo con esto, todo parecía indicar que la distinción entre ambas figuras no presentaba mayor complejidad; bastaba con atender a si la privación se había hecho tácita o expresamente (si, como es lógico, se cumplían los demás requisitos exigidos) para determinar ante qué figura, de las dos anteriormente aludidas, nos encontrábamos.

b) *Un paso más: la comprobación del término relativo a la preterición*

A pesar de lo dicho, profundizaremos algo más en la expresión «tácita», como distintiva del instituto de la preterición, al igual que lo hicimos con la «expresa», referida a la desheredación injusta, en el capítulo precedente (122), para comprobar si, en efecto, su valor como piedra de toque del instituto mencionado resultaba, como al parecer así era, incontestable. Cuestión suscitada que, a nuestro entender, requiere para su adecuado encauzamiento que nos hagamos las siguientes preguntas:

- 1.^a ¿Qué significado podía darse a la palabra tácita?
- 2.^a ¿A quién o a qué había que referirla dentro del contexto de la figura que nos ocupa?

(120) Ver apartado D) La desheredación: una nueva perspectiva de la preterición. Y subapartados en él contenidos.

(121) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y...*, pp. 363 y ss. GARCÍA VALDECASAS: *Loc. ult. cit.*, p. 967. CASTÁN TOBEÑAS: *Op. cit.*, pp. 681 y ss. GARCÍA-BERNARDO: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 100 y ss. SANTOS BRIZ: *Op. cit.*, p. 685. MANRESA: *Op. cit.*, p. 647. ROVIRA MOLA: *N.E.J.*, T. 7, voz: desheredación, Barcelona, 1980, pp. 258 y ss. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1959.

(122) Ver apartado D) La desheredación: una nueva perspectiva de la preterición.

1. Una encrucijada de significados: la elección de una vía

La búsqueda de una solución a la primera interrogante conduce, por las distintas acepciones de la palabra indicada (123), a una encrucijada en la que no resulta fácil orientarse acertadamente. Con todo, parece que el significado más aceptable sería no sólo aquel que sirviera para contraponerlo, dada la labor de distinción que se le había otorgado entre las dos figuras citadas, al del otro término diferenciador, «expreso» (124), sino que además resultara de coherente aplicación al concepto o conceptos a que podía ir referido mediata o inmediatamente. De acuerdo con los criterios mencionados el sentido más aceptable, al menos en principio, de la palabra «tácito, ta», sería el siguiente: «lo que no se dice formalmente, sino que se supone e infiere, como si se expresa claramente, por algunas razones que lo apoyan» (125).

2. Las incongruencias de una expresión: privación tácita

La segunda interrogante planteaba el tema de a quién o a qué habría que referir el significado del término anteriormente estudiado. De acuerdo con las afirmaciones que habían hecho, no ya a partir de 1958, sino incluso con anterioridad, doctrina y Tribunal Supremo (126), todo parecía apuntar que lo tácito (o tácita) iba referido al término privación; de otra manera, que era la privación la que resultaba expresa (desheredación injusta) o tácita (preterición). Privación tácita o expresa que vendría hecha, de acuerdo con las instituciones a las que ahora nos referimos, por el causante respecto de sus herederos forzosos, como fácilmente se puede desprender si se conecta lo dispuesto, entre otros, por los artículos 807 y 814 del Código civil y lógicamente en relación con su cuota de legítima.

Pero si se medita sobre la afirmación en virtud de la cual se sostenía que la expresión «tácita», venía conectada directamente con la

(123) Así, la Real Academia Española en su *Diccionario de la Lengua Española*, 20 ed., T. 2, voz: tácito/ta dice (del lat. *tacitus* p.p. de *tacere*, callar): «Adj. callado, silencioso // 2. Que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere, como si se expresara claramente, por algunas razones que lo apoyan», Madrid, 1984, p. 1279.

(124) Ver de la Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, 20 ed., T. 1, Madrid, 1984, voces: «Expresar (De expreso, claro): Tr. Decir, manifestar con palabra lo que uno quiere dar a entender (...)/ 4. Darse a entender por medio de la palabra, pp.621-622. Y Expreso, p. 622.

(125) Ese sentido de la voz tácito/ta, como opuesto a la voz expreso, nos parece (por lo que se dirá más adelante en el texto) más acertado que el también recogido anteriormente en la nota 27, de callado, silencioso.

(126) Véase apartado D) La desheredación: una nueva perspectiva de la preterición. Subapartado b) Desheredación injusta: una institución fronteriza. Notas 55 y 121.

idea de privación, surgen algunas dificultades para mantener esa vinculación inmediata entre los dos términos mencionados. En efecto, si bien se piensa no es precisamente la privación la que resulta tácita, afirmación que parece evidente en aquellos supuestos, por demás indiscutibles de preterición, en los que el causante ni por vía *inter-vivos* ni *mortis causa* atribuye nada al legitimario; en semejantes casos éste resultaba claramente preterido y, sin embargo, la privación lejos de ser tácita no podía ser más expresa, más clara, pues ni del testamento ni de disposición extratestamentaria alguna cabía entender otra cosa que la propia privación. En definitiva, que privación más expresa que aquella en la que no se confería, por medio alguno, nada al legitimario; obvio es decirlo, pero en esos casos no cabía duda alguna, no se podía entender más formalmente, que el legitimario había sido privado de su legítima; es decir, la privación como tal encontraba su expresión, se hacía expresa, precisamente a través de la propia falta de atribución, sin necesidad de atender a ningún requisito añadido. Argumento que por extensión sirve también para poner de manifiesto, como apuntábamos, que otras acepciones de la palabra que nos ocupa como «callado o silencioso» (127), tampoco serían, porque nada aportaban al mismo, de lógica aplicación al concepto de privación, al contar éste con el silencio como propia forma de expresión. En definitiva, afirmar de una privación que era tácita en el sentido de silenciosa o callada, no suponía añadir nada a aquel concepto, sino, en el mejor de los casos, más bien una redundancia inútil.

3. Objeciones a la calificación de la voluntad

Aceptadas las consideraciones anteriores todo parece indicar que la expresión «tácita», tal y como la hemos entendido, tendría que referirse de manera inmediata no a la privación, sino a la voluntad del causante y sólo mediatamente a aquélla. De otra forma, lo tácito no sería la privación en sí misma, sino la voluntad del causante de privar, en este caso de la legítima. Razonamiento que, a pesar de su aparente claridad, encuentra algunas objeciones, como seguidamente veremos, a su aplicación. En efecto:

1.^a Si el carácter tácito con el significado que del mismo hemos elegido (lo que no se dice pero se supone e infiere, *como si se expresara claramente, por razones que lo apoyan*) como más acorde por su contraposición al de: «expreso» de la desheredación injusta, lo referimos a la voluntad (o si se prefiere a la intención del causante) y la misma únicamente puede tener, si no olvidamos la institución en la que estamos centrados, el sentido de privar de la legítima a

(127) Ver nota 123.

los herederos forzosos, y, de otro lado, tanto autores como Tribunal Supremo coincidían en que esa privación tendría que darse en el testamento (128), habrá que reconocer inevitablemente que en el mismo aparecía una voluntad de privar de la legítima no dicha formalmente, pero si que se podía suponer e inferir, como si se expresara claramente, por razones que lo apoyan.

2.^a Si lo anterior se admite y se pone en conexión con el artículo 675.1 del Código civil se deberá igualmente afirmar, puesto que la voluntad o incluso la intención de privar de la legítima resultaba del propio testamento, que el mismo no se encontraba afectado por una preterición, sino por una desheredación injusta.

De otra manera, si el testamento permite conocer (puesto que aunque no se dice *es como si se expresara claramente*, por razones que lo apoyan) por vía tácita aunque no expresa, la voluntad o intención del causante, que lógicamente no puede ser otra que la de privar de la legítima (de no ser ésta no podrían plantearse siquiera la existencia de la preterición, al constituir la privación de la legítima un presupuesto de existencia de esta figura) debemos entender, si queremos ser coherentes con lo afirmado al hablar de la desheredación injusta (129), que al estar la misma reflejada en el testamento existe la figura últimamente mencionada y no la preterición.

Sin embargo, a este planteamiento se le puede objetar que de acuerdo con él resultaría muy difícil dar entrada a la tradicional distinción de la doctrina entre preterición intencional y errónea (130), en particular por lo que toca a la primera cuya calificación demuestra que se conoce la intención del causante de preterir, de privar de la legítima a los legitimarios. Dificultad reseñada que en buena medida resultaría ficticia si se piensa que conforme al mismo no hay nada que impida, sino que más bien apoye, calificar de preterición intencional a aquella en la que conocido el deseo del testador de privar de la legítima a quienes tuviesen derecho a ella, el mismo no se pudiera apreciar (artículo 675.1 del Código civil) con arreglo al contenido del

(128) Ver notas 107 y 108.

(129) Ver apartado D) La desheredación: una nueva perspectiva de la preterición. Subapartado b) Desheredación injusta: una institución fronteriza, y dentro de éste fundamentalmente el epígrafe b) El testamento: un medio o único medio de manifestarse.

(130) SÁNCHEZ ROMÁN: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1137 y ss., en las que recoge la Memoria del Tribunal Supremo correspondiente a 1908. DE LA CÁMARA: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», 1955, T. 7, pp. 65 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, Vol. 2, pp. 932 y ss., si bien llega a afirmar la dificultad de distinguir entre una preterición errónea y una intencional; *Tratado de Derecho civil*, T. 5, Derecho de sucesiones, Vol. 1, Theodor Kipp, trad. Helmut Coing, Comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas. ROCA SASTRE: 2.^a ed., al cuidado de Puig Ferriol y Badosa Coll, Barcelona, 1970, pp. 97-98; *R.D.G.R.N.*, de 14 de agosto de 1959. Por el contrario, GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y...*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, rechaza la posibilidad de una preterición intencional, pp. 364 y ss.

propio testamento, porque ni lo decía literalmente ninguna de sus cláusulas, ni se podía entender aún llevando sobre éstas una rigurosa labor de interpretación (131) como voluntad o intención del causante constatable de forma indubitada en las mismas. En otros términos, cuando se conociera la voluntad del testador de privar de la legítima a los herederos forzosos, pero dicho conocimiento resultará exclusivamente de circunstancias o razones extratestamentarias, se podría afirmar que se había incurrido en la preterición de un legitimario y que la misma era intencional.

4. Una fisura en los inconvenientes: espejismo de unas acepciones

Ahora bien, en lo expuesto cabría apreciar una fisura abierta en el sentido de que así como antes se había rechazado (dentro de la palabra tácito/ta) las acepciones «callado o silencioso», como aplicables a la idea de privación, ahora esas acepciones si que resultaban, al menos en principio, de adecuada referencia al término en el que centramos, en este momento, nuestra atención: la voluntad (del causante de privar de la legítima). Este no encontraba, en un primer acercamiento, dificultad alguna para que le fuera aplicable el significado de callada o silenciosa. Impresión favorable a conectar de forma inmediata el concepto voluntad con los significados de tácito/ta, últimamente mencionados que se debilitaba si se tenían presentes consideraciones como éstas:

1.^a De acuerdo con lo dicho, sería perfectamente admisible hablar de una voluntad (de privar de la legítima) silenciosa o callada, es decir, conforme a los términos que estamos contrastando, no expresada.

2.^a Predicar de una voluntad (en este caso de privar de la legítima) que es silenciosa o callada supone inevitablemente reconocer que la misma existe.

3.^a Su existencia, o más exactamente el conocimiento de la misma, debe venir necesariamente por vía extratestamentaria; de no ser así, es decir, si el conocimiento de la voluntad citada (de privar de la legítima) viniese dado a través del propio testamento, equivaldría a admitir que la figura ante la que estábamos era la desheredación injusta y no la preterición.

4.^a Considerar, después de lo dicho, que la voluntad también puede ser fuera del testamento silenciosa o callada, llevaría a la siguiente alternativa:

(131) Sobre el alcance que puede tener la labor citada, ver, entre otros, CASTÁN VÁZQUEZ: *La interpretación del testamento en el Derecho común*, en «R.D.P.», T. 57, 1973, pp. 283 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. 2, Madrid. 1981.

— Si de la voluntad se dice que permanece, también fuera del testamento, callada, difícilmente se podrá conocer su contenido y, en consecuencia, que el mismo es de privar de la legítima. Más concretamente se podrá afirmar que la voluntad es silenciosa, callada, pero no se sabrá decir, precisamente por ello, a qué o a quién va referida la misma; es decir, no se podría contestar esta pregunta: ¿de qué es esa voluntad?

— Si, por el contrario, se afirma que el contenido de la voluntad es el de privar de la legítima, habría igualmente que aseverar que la misma se conoce con lo que no sería nada fácil, por conocida, calificarla de silenciosa o callada.

5.^a Aún más, incluso si se acepta que la existencia y conocimiento de la voluntad de privar de la legítima, presupuestos imprescindibles para poder remitir la calificación de silenciosa o callada a la primera, no constituyen un óbice para ello, nos encontraríamos con otro obstáculo nada fácil de sortear para mantener aquella distinción doctrinal, ya aludida (132), entre preterición intencional y errónea, sobre todo por lo que hace a esta última si se atienden las siguientes consideraciones:

Si la voluntad (que ahora es la ya reiterada) necesariamente ha de existir y conocerse (extratestamentariamente) para poderle referir el carácter de tácita (en su sentido de silenciosa o callada), quedarían fuera del ámbito del instituto de la preterición todos aquellos supuestos en los que no existiera como sucede cuando no se atribuye nada a un legitimario por desconocer su existencia (ejemplo: por ser póstumo), voluntad por parte del causante de privar de la legítima. Dicho de otra manera, si la que resulta tácita (con el sentido que ahora le damos) es la voluntad (de privar de la legítima) y ésta no existe, difícilmente se podrá sostener que la preterición supone, en todo caso, una voluntad tácita de privar de aquella cuota legal, cuando la misma no se da realmente; es decir, cuando en el causante, a pesar de no atribuir su cuota legitimaria a quien tenía derecho a la misma, no existía, en modo alguno, no ya la voluntad, sino tan siquiera la intención, de privar al legitimario de ella.

5. Reflexiones sobre el alcance de los términos utilizados

Todo lo expuesto hasta ahora nos lleva a dar entrada a estas reflexiones:

1.^a Quizá hubiera sido más acertado canalizar la distinción, den-

(132) Ver nota 130.

tro de la figura de la preterición, a través de los términos intencional y no intencional, sin haber dado acceso al de erróneo (133).

2.^a Si se tiene presente lo dicho tanto al hablar de la nota distintiva de la desheredación injusta como la de la preterición, se puede sostener que los términos expreso y tácito, utilizados como diferenciadores de cada una de las figuras citadas entre sí, deben ser acogidas en esa función (si la llevamos a cabo dentro del período que nos ocupa) con cautela, dada la variedad de matices que su significado podía tener. Como ya vimos, el carácter expreso como diferenciador de la desheredación injusta frente a la preterición no había que entenderlo presente sólo cuando el testador manifestaba claramente por escrito en su testamento, incluso con la utilización concreta del verbo desheredar, su voluntad de privar de la legítima a quienes tenían derecho a ella, sino también cuando esa voluntad o la simple intención de ello (artículo 675.1 del Código civil) se podía desprender, interpretándolas o no, de las disposiciones testamentarias. Y, de otro lado, el carácter tácito como diferenciador de la preterición frente a la desheredación injusta debía entenderse presente en todos aquellos casos en los que, incluso acudiendo a los principios de la interpretación, no se llegara a tener la certeza, en atención al propio contenido del testamento, sobre si el causante tenía al menos la intención de privar de la legítima a los legitimarios. En definitiva, parecía arriesgado hacer descansar todo el peso, o al menos una gran parte del mismo, de la distinción entre la figura de la preterición y la de su colindante la desheredación injusta sobre el carácter tácito de aquella si se tiene presente:

1.º Los términos «expreso» y «tácito», si bien parece indiscutible referirlos a la voluntad, en realidad únicamente eran formas de calificar el medio a través del cual (expreso o tácito) la voluntad del causante, de privar de la legítima a sus herederos forzosos, se había manifestado.

2.º Admitido que los términos «expreso» y «tácito» simplemente evidenciaban el modo en que la voluntad del causante se había dado a conocer exteriormente; habrá de admitirse necesariamente que ésta existe.

3.º Reconocer lo anterior supone admitir no sólo que la voluntad de privar de la legítima está presente en el *de cuius*, sino que además ésta se conoce por medios expresos o tácitos.

4.º Si bien lo dicho en el apartado precedente no representa obstáculo alguno en lo que respecta a la desheredación injusta, al no

(133) Ya apuntada por SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, p. 1131, cuando afirma que la preterición puede ser voluntaria, pero se presume involuntaria. Así como por la Memoria del Tribunal Supremo de 1908 (recogida también por el autor y en la obra citados, p. 1138) al hablar de una preterición que se debía a ignorancia del testador y aquella otra que fuese consciente y deliberada.

entenderse contraindicado para su existencia (como hemos visto al perfilar el término expreso) el que la voluntad de privar de la legítima se haya dado a conocer en el testamento de forma expresa o tácita, pues, en definitiva, resultaba consustancial a la propia idea de desheredación injusta que se conociera aquélla; no ocurre así para la preterición, sencillamente porque esta figura no precisa para darse no ya del conocimiento de esa voluntad, sino ni tan siquiera de su existencia (preterición no intencional).

Todo ello nos lleva a considerar, de un lado, que construir sobre la expresión «tácita», si no todo, sí una parte esencial del edificio de la preterición, resultaba cuando menos arriesgado por la inestabilidad que, por las razones expuestas, se apreciaban en dicho pilar básico del instituto citado. Y, de otro, si no hubiera sido más conveniente haber dejado esas funciones a la palabra «presunta», referida a la voluntad del *de cuius* de privar de la legítima. Es decir, si no habría sido más atinado entender que sólo cuando el contenido de las disposiciones testamentarias no hubiera permitido conocer de manera indubitada ni tan siquiera la intención, si es que existía, del testador de privar de la legítima, de tal menra que la misma, únicamente pudiera llegar a presumirse, tendría pleno sentido entender acaecida la preterición. En otras palabras, cuando el contenido del testamento, aún sometido a las reglas de la interpretación, únicamente permitiera llegar a presuponer, sospechar o conjeturar (lo que no indica que tenga que darse necesariamente) sobre la existencia de la voluntad o intención del causante de privar de la legítima, pero no afirmar con certeza sobre la existencia de una u otra dentro del propio testamento (134). Reflexiones que no hacen sino poner expresamente en entredicho el carácter incontestable de la expresión: tácita, como diferenciadora del instituto de la preterición.

VIII. CONTENIDO DEL TITULO DE ATRIBUCION: UN NUEVO ANGULO DE CONOCIMIENTO DE LA FIGURA EN ESTUDIO

En lo que precede, nuestra atención, en el estudio de la figura central de este trabajo, se había dirigido, en buena medida, a tratar de esclarecer en lo posible cuál era el alcance exacto de la expresión «por cualquier título» contenido en el artículo 815 del Código civil. Punto éste que había suscitado, como se recordará, distintas opiniones doctrinales en orden a determinar qué títulos de atribución de

(134) En parecidos términos se expresa VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, p. 604, cuando afirma que la preterición quedaría reducida a la omisión del legitimario en línea recta, cuando no resulte ni del texto ni del contexto del testamento que el testador hubiera querido excluirse.

la legítima podían considerarse incluidos en aquella frase y, en consecuencia, cuáles resultaban aptos para no incurrir en la preterición del legitimario. Ahora, sin dejar de tener como norte el estudio de aquella figura, nos centraremos en el análisis no del título o títulos que resultaban, al considerarse admitidos dentro de aquella expresión del artículo 815 del Código civil, adecuados para eludir la preterición de los herederos forzosos, sino en el contenido material que los mismos podían tener. En particular, intentaremos clarificar si en todos los casos en los que el contenido de esos títulos viniera fijado en dinero, tanto hereditario como no, los mismos resultaban aptos, o, por el contrario, ineficaces, para evitar la preterición de los legitimarios. Propósito enunciado que hace aconsejable, en orden a ofrecer mayor claridad en las soluciones que se propugnen para cada caso, un desdoblamiento de las distintas posibilidades acogidas en el mismo. Con estas miras pondremos en contacto cada uno de los distintos títulos, admitidos como válidos por la doctrina para atribuir la legítima y con ello para no provocar la preterición, con el contenido concreto anteriormente fijado a los mismos: una suma dineraria.

A) Dinero hereditario: único contenido de los títulos de disposición

En primera instancia analizaremos aquellos supuestos en los que el contenido de los diversos títulos resultaba ser una suma de dinero hereditario. Si bien, antes de pasar al desarrollo de cada uno de los puntos concretos, consideramos oportuno insistir en que ahora no vamos a entrar, por ser un tema que tocado con anterioridad tenía plena vigencia en los momentos que nos ocupan, (1958 a 1981) (135), en averiguar la mayor o menor aceptación que el título, al que en particular hagamos referencia, tenía entre la doctrina como incluido o no en la expresión del artículo 815 del Código civil, sino que partiremos de que el mismo como tal resultaba, en principio, perfectamente válido, para centrar nuestro estudio en su contenido cuando él mismo lo constituía una suma de dinero, sin que ello obste para que no nos detengamos también en analizar otros problemas que puedan surgir al hilo de la línea expuesta, en relación con el contenido de los mencionados títulos. En definitiva, trataremos de iluminar la figura de la preterición desde una posición, hasta el momento no utilizada, ofrecida por el contenido del título de atribución de la legítima sin reparar, lógicamente por presupuesta, en la validez del mismo. Hecha esta aclaración estudiaremos en primera instancia cada uno de los títulos mencionados, referidos lógicamente a los legitimarios, cuando su contenido es de una suma de metálico hereditario.

(135) Véase lo dicho en apartado G.b) Discrepancias y continuidad: pruebas de una insuficiencia.

a) *La institución de heredero: dificultades para su admisión y efectos que produce*

En el caso de que el legitimario hubiera sido instituido heredero, tanto si su cualidad resultaba de una sucesión testada como intestada (o incluso si se apura forzosa), habrá de reconocerse, aparte de lo insólito (136) de poder calificar una institución de heredero cuando simplemente comprendía una cantidad de dinero hereditario (137), que de ninguna manera podrá aquél considerarse preterido. No ya por la razón fundamental de que el legitimario no se podía entender, en modo alguno, privado absolutamente de su cuota de legítima (138), sino porque además el artículo 1.056.1 del Código civil imponía, a pesar del contenido del artículo 1.061 del mismo Código, que se pasara por la partición hecha por el testador de sus bienes siempre que la misma no perjudicara la legítima de los herederos forzosos (139).

b) *El legado: su aparente crisis para evitar la preterición*

Ahora también se podrá afirmar, al no existir una privación absoluta de la legítima, que el legitimario, legatario de una suma de metálico hereditario, no se podía entender preterido. Afirmación que, no obstante, entraba en crisis para algún autor si el causante manifestaba que el legado (con independencia ya de que fuera o no dinerario)

(136) Sobre todo si se tiene presente el contenido del artículo 768 del Código civil, así como la postura de ALBALADEJO: *Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario*, en «R.D.P.», T. 66, 1978, p. 741, cuando distingue entre la figura del heredero y la del legatario de parte alicuota.

(137) Posibilidad de que la legítima pueda verse satisfecha con dinero si lo hay en la herencia que no sólo se admite sin reparo por algún autor. DE LA CÁMARA: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil. Centenario de la Ley de Notariado*, Secc. 3.^a, Vol. 1, Madrid, 1964, pp. 787 y ss., en particular p. 888, sino que además no parece contradecir la teoría de quienes afirman como VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 200 y ss., que el contenido objetivo de la legítima es *pars bonorum*, es decir, debe concretarse en bienes hereditarios, porque el dinero de la masa hereditaria también lo es. En el mismo sentido del autor antes citado, GARRIDO PALMA: *Visión notarial de la legítima*, en «R.D.N.», 1971, pp. 529 y ss.

(138) Lo que se desprende no sólo del artículo 815 del Código civil, sino que además se confirma entre otros muchos por GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, p. 363; *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 101 y ss. GARCÍA VALDECASAS: *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en «R.D.P.», T. 57, 1963, p. 966. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, p. 594. SANTOS BRIZ: *Derecho civil: teoría y práctica*, T. 6, Derecho de sucesiones, Jaén, 1979, pp. 685 y ss. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, 2.^a ed., T. 5, Sucesiones, Pamplona, 1972, pp. 374 y ss. y 709. Y por las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1932 («R.G.L.J.», Juris. Civil, T. 203), 20 de febrero de 1981 (Ref. Aranzadi 534) y R.D.G.R.N. de 14 de agosto de 1959.

(139) Postura que también se puede advertir en DE LA CÁMARA: *Loc. ult. cit.*, pp. 851 y ss.

debía imputarse al tercio de mejora o al de libre disposición, pero no al de legítima; es decir, cuando el contenido del legado se había cubierto con bienes correspondientes a cualquiera de los dos tercios primeros. Imputación que llevaba, a pesar de la idoneidad reconocida por el mismo autor al legado como título para conferir la legítima (140), a sostener que esos casos debían entenderse como de preterición del legitimario (141).

1. La contradicción de la solución apuntada con otras razones alegadas

El planteamiento referido en el apartado precedente se sostiene con dificultad si se atienden además de las razones dadas en contra del mismo (142), las siguientes:

a) El defensor de aquella teoría mantenía, de un lado, que sólo se incurría en preterición cuando se imputara el legado al tercio de mejora o al de libre disposición y la misma no sobrepasara el contenido de uno u otro tercio, y, de otro, que la no imputación, en base al *favor testamenti* recogido en el artículo 743 del Código civil, equivalía a entenderla hecha a la legítima.

b) De acuerdo con lo anterior, el causante para incurrir en preterición debía, respecto del legado hecho en favor del heredero forzoso, manifestar en el testamento (único lugar en el que se puede disponer a título de legado) su voluntad de que éste se imputara al tercio de mejora o al de libre disposición o, lo que es lo mismo, que no se imputara al de legítima.

c) Aceptadas estas afirmaciones se advertía una difícil coordinación entre éstas y otras del mismo autor en las que se manifestaba:

— La nota diferencial es el carácter expreso de la desheredación y el tácito de la preterición. A lo que añadía: «la desheredación ha de ser expresa, pero no formal ni formulista».

— No resulta admisible una preterición intencional por cuanto si del testamento se deduce la voluntad del testador de privar al legitimario de toda cuota o cosa herencial no hay preterición, aunque no se use la palabra desheredación si la usada o del tenor del propio testamento resulta el concepto o la esencia de la desheredación, ya que estaremos ante una privación expresada en el testamento (143).

(140) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», T. 22, Fas. II, pp. 330 y ss., 1969.

(141) GARCÍA-BERNARDO: *Loc. ult. cit.*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 341 y ss., aunque matiza que en caso de exceso de lo imputado sobre el tercio de mejora o el de libre disposición no se podrá entonces considerar que hay preterición.

(142) En contra radicalmente de la opinión anterior se muestra VALLET DE GOY-TISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 606 y ss., y en particular en la nota 75.

(143) GARCÍA-BERNARDO: *Loc. ult. cit.*, pp. 364 y ss.

Todo ello parece apuntar que, en todo caso, hubiera sido más adecuado que el citado autor calificara, los supuestos contemplados (legados no imputables a la legítima), de desheredación y no de preterición como hizo.

2. El reparto igualitario: una objeción a la crisis propugnada

Aparte de lo dicho anteriormente, no dejaba de ser paradójico afirmar, cuando el legado, con el que se beneficiaba el legitimario, se imputaba al tercio de mejora, que se había incurrido en preterición, por cuanto:

1.º Si el mencionado tercio se había distribuido por igual entre los descendientes no resultaba fácil sostener que éstos habían sido mejorados con el mismo, pues éste, al recibir todos ellos idéntica parte del todo, no se había utilizado como mejora de ninguno (144).

2.º De compartirse el planteamiento anterior se podrá entender en base al artículo 808.1 y 2 del Código civil que dicho tercio al no ser utilizado para mejorar formaba parte de la legítima (145).

3.º Admitido esto se habrá de afirmar que todos los legitimarios habían recibido una parte al menos de la legítima y, en consecuencia, que no se daba la preterición de ninguno de ellos.

3. La mejora: su inadaptación al aislamiento institucional

Ahora bien, las afirmaciones precedentes no resultarían aplicables cuando el testador hubiera distribuido, con un legado o más imputables a ese tercio de mejora, desigualmente el mismo entre los herederos.

(144) En ese sentido: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *La cuota viudal y su regla fija*, en «R.G.L.J.», 1946, T. 12, pp. 397 y ss. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, 2.ª ed., T. 6, Sucesiones, Pamplona, 1972, p. 594. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, T. 6, Derecho de sucesiones, Vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, pp. 578 y ss., en las que además del carácter desigualatorio de la mejora le reconoce otras funciones.

(145) De esa opinión: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *Loc. ult. cit.*, pp. 397 y ss. en donde afirma que lo exacto es decir que el tercio segundo (tercio de mejora) sólo es legítima cuando no es mejora. SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 6, Vol. 2, p. 1208. CASTÁN TOBEÑAS: *Loc. ult. cit.*, T. 6, Vol. 2, p. 580. SANTOS BRIZ: *Loc. ult. cit.*, T. 6, Sucesiones, pp. 630 y ss., en las que si bien reconoce la independencia de la mejora respecto de la legítima llega a afirmar que se refunde con ésta cuando aquélla (la mejora) carece de existencia real por no hacer uso el testador de la facultad o potestad de mejora. VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. 2, Madrid, 1981, pp. 122 y ss., en las que adhiriéndose a la tesis de García Granero, también diferencia netamente la mejora de la legítima aun cuando, entre otras cosas, llega a reconocer: a) «La expresión tercio de mejora —indica una situación provisional de una cuota parte de la herencia, la cual o se transforma en mejora o, en caso contrario, pasa a engrosar o incrementar la legítima—.»

ros forzosos. En esos casos el legitimario, que sólo había recibido un legado imputable al tercio de mejora, se podía considerar, al no recibir nada en concepto de legítima, preterido. Con todo, la afirmación de que un legitimario a la vez que mejorado resultaba también preterido dejaba paso, cuando menos, a un cierto recelo. Desconfianza porque en buena lógica no parecía atinado afirmar que un legitimario se encontraba mejorado a pesar de no haber recibido su cuota de legítima. Es decir, la mejora ha de entenderse, en el caso que nos ocupa, como algo supeditado a la legítima, de tal manera que se entienda como lo recibido por el legitimario, con desigualdad a los otros, además de su legítima. Dicho de otra manera, para hablar con propiedad de mejora es preciso que exista algo (en este caso la legítima) que pueda ser mejorado, y eso es precisamente lo que falta cuando sólo se ha recibido un legado imputable al tercio de mejora. En definitiva, para considerar que existe preterición cuando el legado, recibido por el legitimario, se ha imputado al tercio de mejora, es preciso entender que los tres tercios en que cabe dividir una herencia funcionan como compartimentos estancos (146). Planteamiento que proyectado sobre lo que ahora nos ocupa (tercio de mejora distribuidos desigualmente) hacía en principio lógico admitir que el legitimario, legatario de una parte de aquel tercio, sólo se podía considerar mejorado. Punto éste del que se deriva precisamente la inconsistencia de esa teoría, pues con base en la misma sólo se puede afirmar que hay mejora, cuando en realidad ésta, al no utilizarse para mejorar a un legitimario, no existe. Dicho de otra manera, al no poderse afirmar que el legitimario había recibido su cuota de legítima cabía hacerse la siguiente pregunta: ¿qué es lo que se mejoraba?, si no se había recibido nada fuera de la porción llamada mejora. O si se quiere, planteada la pregunta desde su aspecto personal: ¿resultaba en esos casos mejorado el legitimario? Interrogantes que sólo muy forzosamente podían tener, de acuerdo con los argumentos dados, una respuesta afirmativa, pero que de no ser tal, sino negativa, llevaría inevitablemente a considerar, en base a lo dispuesto en el artículo 808.1 y 2 del Código civil, que de no aplicarse el contenido de dicho legado como mejora sólo cabía entenderlo como legítima (147) y, en consecuencia, a negar, ahora también, la existencia de preterición. Más concretamente, si de los párrafos 1 y 2 del artículo 808 del Código civil únicamente se desprendía la posibilidad de que se dispusiera de una de las dos partes que formaban la legítima para aplicarla como mejora de hijos o descendientes, parecía evitable, si la misma no se llegaba a aplicar como mejora, que continuaba como parte de la legítima y con ello su atribución idónea para eludir aquella figura.

(146) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 607 y 608.

(147) Ver nota 145 en donde se recogen las opiniones de autores que refuerzan esa postura.

Consideraciones que nos llevan a mostrarnos contrarios a compartir la idea de que en los supuestos contemplados (legado no imputable a la legítima), nos encontrábamos, sin más, ante la figura de la preterición.

c) *La desaparición de la cosa legada: un argumento para distintas teorías sobre la preterición*

Con lo expuesto no finalizaban los problemas que, respecto al contenido de la legítima, podían dejar sentir sus efectos sobre el instituto de la preterición. Por ello, antes de continuar con el desenvolvimiento de la idea central que propusimos (pago de la legítima como metálico intra o extrahereditario) nos detendremos en el análisis de otra cuestión alusiva también al contenido del título. Intención que nos coloca ante una interrogante en la que pueden haber diversas facetas: ¿se podía hablar de preterición si la cosa legada al legitimario desaparecía de la herencia por pérdida o enajenación?

Como era de esperar las respuestas de la doctrina, a cada una de las variantes que se encerraban en la pregunta formulada, lejos de ser unívocas presentaban un carácter claramente contrapuesto. Así, frente a la primera, los autores mantenían posturas antagónicas al sostener que en caso de pérdida de la cosa legada el legitimario debía considerarse preterido (148) o, por el contrario, negar, ante el mismo supuesto, esta condición respecto de aquél (149). Oposición en las respuestas que volvía a hacerse patente, al existir una misma razón de ser: desaparición de la masa hereditaria de la cosa legada, en las que se daban para abordar la otra faceta de la pregunta suscitada. Bifurcación en la orientación de las respuestas que suponía, al igual que antes, una contraposición entre las ideas favorables (150) y contrarias (151) a admitir en tales supuestos la preterición de los herederos forzosos. Polarización de los argumentos en torno a uno u otro de los puntos de vista defendidos (positivos o negativos a la preterición) que nos inducen a ponerlos a prueba con la finalidad de extraer las pautas necesarias para decidir la adhesión a uno de los mismos.

(148) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. 2, p. 350.

(149) DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, pp. 805 y ss., en las que no sólo niega la existencia de preterición, sino también de desheredación injusta. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. I^o, pp. 614 y ss., quien reconoce que en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 869 del Código civil se puede hablar de preterición.

(150) GARCÍA-BERNARDO: *Op. cit.*, p.350.

(151) VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. ult. cit.*, T. 1, Vol. 1, pp. 614 y ss., en donde afirma que en esos casos no existirá preterición, sino inoficiosidad. DE LA CÁMARA: *Loc. ult. cit.*, p. 805.

1. La comprobación de las teorías mediante los requisitos aceptados y los deberes exigidos

Labor de comprobación de la solidez de aquellos puntos que abordamos cotejando cada uno de los supuestos que introducían una variante en la pregunta inicialmente formulada con los requisitos que habíamos apreciado como unánimes, tanto entre la doctrina analizada como entre el Tribunal Supremo (152), así como con los deberes, también recogidos con anterioridad (153), que de acuerdo con los pronunciamientos del citado Tribunal debían tenerse presentes en la configuración del concepto de preterición.

Así pues, la primera interrogante que saltaba como consecuencia de la labor de comprobación que pretendemos realizar sería: ¿se privaba de la legítima al legitimario (al que no se le había atribuido nada más) cuando la cosa legada se había perdido de la herencia? (154). Pregunta que encontraba una respuesta híbrida porque si bien desde una perspectiva exclusivamente materialista se podía afirmar que el legitimario había sido privado (materialmente) de su legítima puesto que no había recibido nada para cubrirla, desde una perspectiva puramente formalista no cabía afirmar lo mismo al ser nombrado legatario. La segunda interrogante, de acuerdo con el esquema expuesto, sería: ¿la privación se había establecido en el testamento? En este caso la contestación sólo podía presentar un sentido negativo en la medida en que ni material ni, mucho menos, formalmente la privación se podía desprender de un testamento en el que se nombraba legatario al heredero forzoso. La tercera cuestión giraría en torno a: ¿la privación se había realizado o no expresamente? La respuesta a esta pregunta también podía tener una doble perspectiva formal y material; de esta manera cabía afirmar que el legitimario no había resultado privado formalmente (al ser nombrado legatario) si bien materialmente resultaba posible entender que la privación (que siempre tendría un carácter extratestamentario) se había producido en forma expresa o no según se conociera o por el contrario se ignoraba si la pérdida de la cosa legada de la masa de la herencia se debía a una actuación deliberada, a la vez que conocida por manifestarse así expresa o tácitamente, del causante de llevarla a cabo, o, por el con-

(152) Ver apartado G y subapartados c y d.

(153) Ver apartado b) del Código civil: Los cautelosos pronunciamientos del Tribunal Supremo, en el que se afirmaba que el deber del testador respecto de sus legitimarios sería doble:

— Uno, referente a la atribución material de la cuota legítima.

— El otro, al modo en que debía verificarse la citada atribución.

(154) El término omisión no lo reflejamos en el texto, a pesar de haberlo citado al hablar de los requisitos que ahora nos ocupan, porque si bien, a diferencia de la privación, no iba referido directamente a la legítima, sino al legitimario, indirectamente también se conectaba con la idea de privación de aquella cuota legal.

trario, de haber existido intención ésta no resultaba constatable, o la pérdida hubiera acaecido fortuitamente.

Por lo que hacía a los deberes que, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Supremo, pesaban sobre el causante se podía entender, en una primera apreciación, que el referente a la atribución material de la cuota de legítima había resultado incumplido, mientras que el referido al modo en que aquella debía verificarse se encontraba válidamente cumplido.

2. Consideraciones, respuestas y preceptos: una adición de signo negativo

Consideraciones y respuestas anteriores que reconducidas, junto con algunos preceptos del Código civil a los que seguidamente aludiremos, al núcleo de la pregunta planteada: ¿existía o no preterición?, encaminaban la contestación a la misma en sentido negativo si se atendían los puntos que, primero referidos al caso de pérdida material de la cosa legada y posteriormente a los de enajenación de la misma, seguidamente señalamos:

1.º La pérdida de la cosa legada suponía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 869.3 del Código civil que el legado había quedado sin efecto y, por tanto, que el legitimario, favorecido únicamente con el mismo se pudiera considerar preterido.

2.º Sobre el planteamiento anterior cabía hacer importantes matizaciones si se tenía presente:

a) El artículo citado, confirmando lo dispuesto en el artículo 860 del Código civil con carácter más general, establecía, también dentro de su párrafo 3, que aun cuando la cosa legada hubiera perecido del todo en vida del testador o después de su muerte sin culpa del heredero, el obligado a pagarlo respondería por evicción, si aquella no estuviera determinada en especie.

b) El artículo 1.003 del Código civil hacía al heredero que había aceptado purá y simplemente responsable, con las salvedades contenidas en los artículos 859.1 y 882.2 del Código civil, del pago, con los bienes heredados o los propios, de todas las cargas (incluidos, por tanto, los legados) de la herencia.

c) Para el caso de que toda la herencia se hubiera distribuido en legados, el artículo 891 del Código civil establecía que en esos casos los legatarios en proporción a sus cuotas, y con el límite fijado en el artículo 858.2 del Código civil, soportarían, salvo que el testador dispusiera otra cosa, las deudas y gravámenes (entre los que se pueden incluir los legados) de la herencia.

d) Conforme a lo dispuesto en el artículo 875.1 del Código civil el legado de cosa mueble genérica debería ser cumplido por quien

viniese obligado a ello, aunque no existieran cosas de su género en la herencia.

e) El artículo 886.1 del Código civil se podía interpretar en el sentido de que el heredero, cuando no pudiera entregar la misma cosa legada (y no distinguía entre genérica o específica), debería cumplir el legado dando su estimación.

f) Aun en los casos en los que, después de lo dicho, ni heredero ni legatario vinieran obligados a responder de legado hecho al legionario difícilmente se podía pensar en la preterición del mismo por cuanto como dijimos:

— El legionario legatario no podía entenderse preterido formalmente aun cuando materialmente, al no recibir nada en pago de su legítima, se podía considerar privado de la misma.

— Esto parecía implicar que de los deberes, a los que hemos venido haciendo alusión, que pesaban sobre el causante, uno quedaba sin llevarse a efecto (el referente a la atribución material de la legítima) mientras que el otro (el alusivo al modo en que éste se debía realizar) se entendía satisfecho adecuadamente.

— Lo anterior podía en principio inducir a pensar, al faltar el cumplimiento de un deber por parte del causante respecto de sus herederos forzosos, que se había incurrido en preterición; postura que se encontraba en su desarrollo el obstáculo de que la privación ni aun en su sentido material podía entenderse nunca acaecida testamentariamente y esto constituía, como sabemos, un requisito exigido, por doctrina y Tribunal Supremo, como imprescindible para poder hablar con plenitud de sentido de preterición.

En cuanto a los puntos a tener en cuenta, pero referidos ahora a los supuestos de enajenación de la cosa legada, tenemos:

1.º Lo dispuesto en el artículo 869.2 del Código civil permitía pensar, al igual que en los casos anteriormente referidos de pérdida material de la cosa, que si el testador enajenaba la cosa objeto del legado, éste quedaría sin efecto con la consiguiente preterición del heredero forzoso.

2.º No obstante, esta primera afirmación podía ser en buena medida desvirtuada si se considera:

a) Del artículo 869.2 del Código civil se desprendía que la enajenación, para que el legado quedara íntegramente sin efecto, debería referirse a la totalidad de la cosa legada y no sólo a parte de ella, en cuyo caso subsistiría el legado sobre la parte que no se enajenó.

b) Aun cuando para el caso de enajenación el artículo 869 del Código civil no se refería a la responsabilidad del heredero frente al legatario por evicción, ello no suponía necesariamente que ésta, si se recuerda la formulación general contenido en el artículo 860 del Código civil, no pudiera también ser de aplicación en el supuesto ahora contemplado.

c) El contenido del artículo 1.033 del Código civil con las limitaciones de los artículos 859.1 y 882.2 del mismo Código, así como el del artículo 891 de éste dentro del límite fijado por el artículo 858.2 disponían que herederos o legatarios tuvieran que hacer frente a las cargas o gravámenes (entre los que se podían incluir los legados) que pesaran sobre la herencia.

d) Que de igual modo podía entenderse aplicable, a los supuestos de enajenación, el contenido de los artículos 875.1 y 886.1 del Código civil con la interpretación que del mismo hicimos, por cuanto de ninguno de ellos se desprendía que los supuestos de enajenación quedaran excluidos de su ámbito de aplicación.

Consideraciones que junto con las que aludían al cumplimiento del deber formal y material de atribución de la legítima, en las que no entramos nuevamente para no reiterar ideas ya expuestas al referirnos a los casos de pérdida material de la cosa legada, ponían en evidencia que la vía de acceso de la preterición a los casos contemplados (legado a favor de un legitimario con pérdida o enajenación de la cosa legada) discurría a través del incumplimiento del deber material de atribución de la legítima, terreno que presentaba dificultades de no poca entidad para que sobre el mismo se pudiera hacer un trazado totalmente viable para aquella figura, como son:

— Aun cuando de no recibir nada el legitimario en pago de su legítima (por pérdida o enajenación de la cosa legada) se podía pensar que el testador había incumplido el deber de atribuir algo a aquél para el pago de su cuota legal, esta idea era susceptible de matización hasta el punto de dejarla casi sin contenido si, aun cuando no se pudiera negar que el legitimario no había recibido nada para satisfacer su legítima, se entendía que esto no permitía, sin más, concluir que el testador había incumplido aquel deber sencillamente porque él había dispuesto, mediante legado, de una cosa de su herencia en favor del legitimario. De otra manera, la no realización efectiva de lo dispuesto en el legado (fuera lógicamente de los casos en que herederos o legatarios tuvieran que hacer frente al mismo) no implicaba, al menos necesariamente, que el causante había faltado a su deber de atribución material en favor del legitimario porque, si con el legado se había dispuesto de una cosa del causante en favor de éste, más que no cumplir el primero aquel deber lo que ocurría era que el título elegido para su cumplimiento no llegaba a tener efectividad al faltarle el contenido material que se le había dado.

— Incluso si se admite que el citado deber había de entenderse incumplido, difícilmente se podría conectar la privación de la legítima con un testamento en el que, lejos de pasarse por alto a un legitimario, muy al contrario se le designaba legatario.

d) *Una institución sin posibilidades reales de aplicación independiente*

Si volvemos de nuevo a tomar el camino que dejamos abandonado deberíamos hacerlo en el punto en el que la disposición en favor del legitimario, de dinero de la herencia, se realizaba mediante una donación; único título de disposición, de los admitidos para otorgar la legítima, que nos quedaba por analizar. Sin embargo, no nos detendremos en el estudio de la donación aludida por cuanto, de un lado, si la misma suponía una disposición de metálico hereditario era evidente que sólo se podía entender hecha *mortis-causa*, pues era el fallecimiento del causante el que daba pleno sentido al concepto de herencia (artículo 659 del Código civil), y, de otro, el artículo 620 del Código civil hacía participar a este tipo de donaciones no sólo de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, sino que incluía su regulación entre los preceptos que ordenaban la sucesión testamentaria.

B) Metálico extrahereditario: sus dificultades como contenido de la institución de heredero

La otra perspectiva del planteamiento que tomábamos como principal giraba en torno al pago de la legítima con dinero extrahereditario. Al igual que en la primera (pago de la legítima como metálico hereditario), ahora también se podía dar el supuesto de que el legitimario hubiera sido instituido heredero. Pero al igual que antes, éste encontraba serias trabas no ya únicamente por la dificultad de conciliar la condición de heredero con la idea de recibir en virtud de la misma sólo una cantidad de dinero (155), sino también por la de adecuación entre la idea de sucesor del causante con la de metálico ajeno a la masa de la herencia (156). En cualquier caso y por lo que ahora nos interesa, aun cuando, en el supuesto contemplado, no resultara posible, dados los inconvenientes que en el mismo concurrían, calificar al legitimario de heredero, se podría considerar como legatario, punto que ahora no tocamos por ser objeto del siguiente apartado, en cuyo caso tampoco sería susceptible dar por acaecida la preterición del heredero forzoso.

(155) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, p. 266. ALBALADEJO: *Loc. ult. cit.*, pp. 737 y ss.

(156) Véase artículo 659 del Código civil, en relación con el 660 y 661 del mismo Código.

a) *Diferencias doctrinales: origen de una nueva determinación*

Los autores patrios mostraban también en este tema, legado satisfecho con metálico extrahereditario, una dispersión de teorías sobre el mismo. Conclusión a la que resulta fácil llegar cuando se observa la diversidad de opiniones doctrinales, fruto no sólo de tesis totalmente contrapuestas, sino también de las distintas posiciones que se tomaban entre quienes defendían una misma solución. En efecto, la doctrina basculaba entre quienes mantenían que en el caso contemplado debía entenderse existente la preterición (157) y los que consideraban que el mismo no daba acceso a la figura mencionada (158); si bien dentro de los defensores de esta última tesis se producía una nueva división, propiciada por la posibilidad de pagar la legítima con metálico ajeno a la herencia, entre quienes la aceptaban como contenido normal de la legítima (159) y quienes, por el contrario, sólo la admitían excepcionalmente (160). Planteamiento que nos coloca de nuevo ante la necesidad de tomar una determinación en orden a perfilar, sin detenernos en el estudio de la naturaleza jurídica de la legítima (161), qué nos alejaría de lo que constituye el centro del presente trabajo, si cuando el legado resultaba cubierto con metálico extrahereditario debía entenderse que el causante había incurrido o no en la preterición del heredero forzoso. Alternativa que cabía resolverla en sentido negativo si además de los argumentos ofrecidos por los autores que se mostraban partidarios de la misma se tenía presente:

1.º El artículo 875.1 del Código civil al reconocer la validez de los legados de cosa mueble genérica (entre la que se puede incluir el dinero) aunque no hubiera cosas de su género en la herencia, permitía que el mismo se satisficiera con cosas genéricas (dinero, por ejemplo), aunque no existiera en aquélla.

2.º Más concretamente, el artículo 886.2 del Código civil no sólo admitía la validez de los legados consistentes en dinero, sino que ade-

(157) GARCÍA-BERNARDO: *Loc. ult. cit.*, pp. 356-357.

(158) DE LA CÁMARA: *Op. cit.*, p. 805. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 608 y ss.

(159) DE LA CÁMARA: *Loc. ult. cit.*, pp. 756 y ss. y 936 y ss., a pesar de que reconoce que en principio nuestra legítima es *pars bonorum*, p. 750.

(160) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 223, 608 y ss. GARRIDO PALMA: *Visión notarial de la legítima*, en «R.D.N.», 1971, pp. 529 y ss., quien a pesar de afirmar que en la generalidad de los casos la legítima debe satisfacerse con bienes de la herencia llega a admitir (por lo progresivo del planteamiento y lo adecuado a la realidad social) el pago de la legítima con dinero. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1970 (Ref. Aranzadi 1.854) en la que se afirma que por tener la legítima la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris* es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia de los que no deben ser excluidos los legitimarios.

(161) Para profundizar más en ese tema, ver: VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vols. 1 y 2, en particular pp. 190 y ss. y la numerosa bibliografía en ellas citada.

más (y esto es fundamentalmente lo que nos importa) obligaba a pagarlos en esa especie aun cuando no la hubiera en la herencia.

3.º De otro lado, como hemos reiterado, el artículo 1.003 del Código civil hacía, al heredero que hubiera aceptado pura y simplemente, responsable de todas las cargas de la herencia (legados, por ejemplo) no sólo con los bienes heredados, sino incluso con los suyos propios, es decir, con bienes extrahereditarios.

Razones que unidas a la que ofreceremos más adelante inducen a pensar que en los supuestos ahora estudiados no debía entenderse acaecida la preterición de los legitimarios favorecidos con dicho tipo de legados (162), lo que implicaba que tampoco estaría presente esa figura en aquellos casos en que la institución no pudiera entenderse hecha a título de heredero, sino de legatario.

b) *El reconocimiento de la donación «inter vivos»: un argumento con fuerza expansiva*

Dentro de este apartado nos vamos a referir a la donación recibida con carácter *inter-vivos* por el heredero forzoso sin entrar, por estar equiparadas en el artículo 620 del Código civil a las disposiciones de última voluntad, en las que lo sean *mortis causa*. Preciado este punto, se advierte como un importante sector de la doctrina (163), junto con el Tribunal Supremo (164), admitía aquellas donaciones dentro de la expresión «por cualquier título» del artículo 815 del Código civil; aceptación que suponía reconocer la validez de ese título de disposición en favor de los legitimarios como apto para atribuirles su legítima y, con ello, para no incurrir en su preterición. Postura que implicaba, con independencia de la polémica sobre si debía o no recordarse en el testamento la donación hecha *inter-vivos* (165), reconocer la posibilidad de satisfacer la legítima con metálico extrahereditario, pues independientemente de que se exiga o no el recuerdo testamentario de la donación, ésta determinaba en cualquier caso (siem-

(162) Si bien ALBALADEJO: *Op. cit.*, p. 38, en semejantes casos parece pensar que no se sucedería al difunto.

(163) GARCÍA-BERNARDO: *Op. cit.*, pp. 330 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en «A.D.C.», T. 18, Fas. 1, 1965, pp. 107 y ss. DE LA CÁMARA: *Loc. ult. cit.*, pp. 777 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 2, pp. 780 y ss. GARCÍA-BERNARDO: *Las legítimas en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 99. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. 6, Vol. 1, 8.ª ed., Madrid, 1973, p. 672. GARRIDO PALMA: *Op. cit.*, pp. 518 y ss. ESPÍN CANOVAS: *Manual de Derecho civil español*, 3.ª ed., Vol. 5, Sucesiones, Madrid, 1974, p. 485, que no exige la mención testamentaria de la donación *inter-vivos* para eludir la preterición.

(164) Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1961 (Ref. Aranzadi 1.841) y 20 de febrero de 1981 (Ref. Aranzadi 534).

(165) Ver las dos notas precedentes.

pre que, como es lógico, fuera válida) la atribución de un bien que se encontraba, como se desprende del contenido de los artículos 618, 623, 629 y 654 todos del Código civil, fuera de la masa hereditaria. Todo lo cual lleva a considerar que si con la donación *inter-vivos* se reconocía la posibilidad de sortear la figura de la preterición, aun cuando con la misma era consustancial la idea de ser el bien (dinero u otro cualquiera, por el que se veía satisfecha la legítima), extrahereditario no había en principio por qué poner objeciones a los supuestos en los que la atribución de esos bienes se hacía a través de títulos testamentarios. En definitiva, si se admitía la donación *inter-vivos* como título suficiente, con recuerdo testamentario o no para conferir al legitimario su cuota legal (o quizá más exactamente el valor de ésta) y con ello evitar su preterición, se reconocía paralelamente la eficacia de un título cuyo contenido quedaba siempre cubierto con bienes no pertenecientes a la masa de la herencia, no debía existir inconveniente alguno para no aceptar los mismos efectos cuando lo único que variaba era el título elegido (heredero o legatario), pero no la calificación (extratestamentaria) de los bienes, con lo que se quería satisfacer la legítima.

IX. REBATIR Y GENERAR TEORIAS: DOS ASPECTOS DESTACABLES DEL INSTITUTO DE LA PRETERICION

A) Cuota reservada y cuota de legítima: una distinción difícil de coordinar con la figura objeto de análisis

En opinión de algún autor (166), dentro de la idea de legítima había que diferenciar entre ésta como porción de la herencia reservada por la ley al heredero forzoso y, de otro lado, como cuota de valor que éste tenía derecho a percibir. Con el primer significado, la legítima (a la que ahora denominaba cuota reservada) suponía una participación en la herencia (*pars hereditatis*) comprensiva tanto del activo como del pasivo; con el segundo, la legítima (llamada cuota de legítima) era simplemente la expresión de un valor económico consistente en una cuota aritmética del valor del patrimonio hereditario incrementado con el de las donaciones que hizo el causante. Fijado el núcleo de la teoría que atrae nuestra atención la proyectaremos sobre el instituto de la preterición en orden a determinar la compatibilidad existente entre el funcionamiento del mecanismo de esta figura y la teoría indicada. Intención que nos lleva a hacer algunas puntualizaciones:

1.^a La afirmación de que la delación forzosa de la cuota reserva-

(166) GARCÍA VALDECASAS: *La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, en «R.D.P.», T. 47. 1963, pp. 957 y ss.

da era incompatible con la sucesión intestada y suponía siempre la concurrencia de una institución testamentaria parcialmente inválida, matizada posteriormente en el sentido de que aquella delación sólo resultaba posible si además el testador no incurría en preterición (167), permitía pensar:

1. Que en todos aquellos casos en los que, incurriendo en preterición, el testador únicamente hubiera dispuesto de sus bienes mediante legados cabía la posibilidad de que éstos, en la medida en que resultaran inoficiosos, fueran como, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 814.1 del Código civil, parcialmene inválidos.

2. Si en los supuestos mencionados no existía, al producirse la preterición de los legitimarios, la delación forzosa de la cuota reservada en favor de éstos, había que reconocer, si se les quería hacer llegar la referida cuota, que la misma, descartada también la testamentaria por la existencia de preterición, sólo podía encauzarse mediante la apertura de la sucesión intestada.

3. Admitido lo anterior, no había en principio razón alguna para no entender producida, en todos los demás supuestos en que existiera una institución testamentaria parcialmente inválida, no la delación forzosa de la cuota reservada, sino simplemente la delación intestada de la misma, máxime si como se afirma aquella delación forzosa requería una institución parcialmente inválida (168); es decir, no resultaba muy coherente exigir como presupuesto de funcionamiento de la delación forzosa la invalidez parcial de una institución, porque ello llevaría consigo, en la misma medida de la invalidez, la apertura de la sucesión intestada. (Así se puede desprender del contenido del artículo 658 del Código civil en relación con el del artículo 912.1 del mismo Código.)

4. Curiosamente, la teoría que ahora atrae nuestra atención, quizá por no ocultarse a su autor las inconsecuencias que hemos puesto de relieve, refería la preterición a una disposición de la totalidad de la herencia por vía de institución, pero no así de legado (169).

5. La preterición resultaba, de acuerdo con los argumentos que se defendían, difícil de coordinar dentro de la teoría que con aquéllos se trataba de mantener; dificultad en el engarce de aquella figura con los citados argumentos que se apreciaba si se tiene presente:

1.º De los dos significados ofrecidos del concepto de legítima (como cuota reservada y como cuota de valor), la teoría que nos ocupa vinculaba exclusivamente la figura de la preterición con la legi-

(167) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, pp. 961 y ss.

(168) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 961.

(169) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, pp. 965 y ss., en las que se hacen afirmaciones como éstas: «La preterición supone que el testador haya dispuesto de la totalidad de la herencia por vía de institución de heredero.» O: «La preterición es privación tácita de la legítima a consecuencia de una institución de heredero que comprende la totalidad de la herencia con omisión del heredero forzoso.»

tima como cuota reservada. De acuerdo con ésto se mantenía que la preterición se daba cuando el testador, con infracción de la prohibición de disponer sobre la cuota reservada, privaba de ella total o sólo parcialmente al heredero forzoso (170).

2.º En las afirmaciones anteriores resaltaba en primer término una idea de parcialidad, referida al instituto de la preterición, que resultaba difícil de mantener no ya sólo por el contenido del artículo 815 del Código civil, totalmente distinto del artículo 814 del Código civil, que se ocupaba concretamente de la preterición, y por el de los conceptos que de la misma ofrecían doctrina y jurisprudencia en los que se recogía, prácticamente sin excepción, la idea de privación total y no parcial de la legítima (171), sino también porque el mismo autor que introducía la idea de una preterición parcial al definirla con carácter general excluía, con la afirmación: «ni hacerle ninguna liberalidad testamentaria» (172), aquella idea de parcialidad.

3.º Si, como hemos indicado, la preterición se conectaba, en la teoría que distinguía entre la legítima como cuota reservada y cuota de valor, exclusivamente con el primer significado de los dos mencionados no resultaba muy coherente mostrarse partidario, en base fundamentalmente al contenido del artículo 815 del Código civil, de la inexistencia de preterición (173), cuando el legitimario únicamente hubiera sido beneficiado por una liberalidad *inter-vivos* del causante, por las siguientes razones:

a) Si se daba a entender, como efectivamente se hacía (174), que el contenido del citado artículo 815 del Código civil tenía la suficiente entidad como para sostener, junto con el contenido del artículo 819 del Código civil, la postura de quienes consideraban excluida la preterición simplemente con la disposición de liberalidades *inter-vivos* en favor del heredero forzoso, no parecía coherente con ello defender,

(170) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 965.

(171) En ese sentido, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 2, pp. 1131 y ss. CRUZ AUÑÓN: *Un caso frecuente de preterición*, en «A.A.M.N.», T. 3, 1946, p. 546. MUCIUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, T. 14, pp. 420 y ss. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, T. 5, Vol. 3, Madrid, 1963, p. 374. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., T. 4, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944, pp. 576 y ss. GARCÍA-BERNARDO: *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, pp. 100 y ss.; *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. 2, pp. 341 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 604 y ss. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, T. 6, Derecho de sucesiones, Vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, pp. 681 y ss. Y las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1917 («R.G.L.J.», *Juris. Civil*, T. 140), 23 de abril de 1932 («R.G.L.J.», *Juris. Civil*, T. 203) y 20 de febrero de 1981 (Ref. Aranzadi 534), entre otras. Si bien se mostraba igualmente partidario de la preterición parcial, PÉREZ ARDA: *Preterición testamentaria parcial*, en «R.G.L.J.», T. 122, 1913, pp. 252 y ss.

(172) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 966.

(173) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 966.

(174) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 966.

a renglón seguido, que en esos casos solamente sería parcialmente nula la institución de heredero contenida en el testamento, puesto que si no existía preterición esa consecuencia no encontraba, como era una exigencia del artículo 734 del Código civil, fundamento legal alguno; ni siquiera en el artículo 815 del Código civil que sólo permitía solicitar el complemento de la legítima, pero no determinaba, como por otro lado era lógico, la institución concreta que debía soportar el complemento de la legítima no cubierta totalmente. En concreto, si existían varios legitimarios uno de ellos beneficiado sólo con una liberalidad *inter-vivos*, otro con una institución de heredero que cubría estrictamente su legítima (es decir, recibía su cuota reservada que además era suficiente para cubrir su cuota de valor) y un tercero beneficiado con un legado que abarcaba el resto del patrimonio hereditario, lo lógico parecía sostener, si es que se mantenía que alguna disposición testamentaria debía resultar parcialmente anulada para dejar a salvo la cuota reservada del favorecido con la liberalidad en vida del causante, que esa anulación afectara al legado y no a la institución de heredero, porque de anularse esta última se atacaría directamente, al suponer sólo una cobertura mínima de la legítima, lo que a la vez se pretendía proteger, la legítima tanto como cuota reservada como de valor.

Si, por el contrario, se entendía que la preterición se había producido era evidente que ese efecto, el de la anulación parcial de la institución de heredero, no era el fijado por el artículo 814.1 del Código civil.

b) Cuando el legitimario únicamente había recibido una liberalidad *inter-vivos* quedaba claro, de acuerdo con las afirmaciones hechas por el defensor de la teoría que nos ocupa, que si el testador había dispuesto de la totalidad de su herencia aquél debería considerarse no ya preterido parcialmente, sino totalmente; dicho de otra manera, esos casos sólo podían, conforme a lo argumentos que se manejaban, considerarse, por lo que ahora diremos, de preterición total:

— Se mantenía que la cuota reservada suponía una participación en la herencia, es decir, era una *pars hereditatis* comprensiva tanto de activo como de pasivo (175).

— La preterición tenía lugar cuando el testador privaba total o parcialmente al legitimario de su cuota reservada (176). Es decir, la preterición tenía lugar si el testador no disponía de parte al menos de la misma en favor de algún heredero forzoso.

— De acuerdo con los dos argumentos anteriores, todos aquellos casos, en los que el legitimario hubiera sido favorecido exclusivamente con una liberalidad *inter-vivos*, tenían que considerarse necesaria-

(175) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 961.

(176) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, p. 965.

mente de preterición total. En definitiva, si el heredero forzoso únicamente recibía una liberalidad en vida del causante estaba claro que no recibía absolutamente nada como *pars hereditatis*, es decir, como cuota reservada, con lo que lo único que cabía reconocer de acuerdo con los argumentos recogidos, era que se había producido una preterición, no ya parcial, sino total del mismo.

— De acuerdo con lo anterior, los únicos efectos a los que se podía dar entrada eran los previstos en el artículo 814 del Código civil.

c) Si, por el contrario, se entendía, en los supuestos en que el legitimario sólo recibía una liberalidad *inter-vivos*, que la preterición no se evitaba se podían producir consecuencias como éstas:

— Si en el testamento, en el que se omitía al legitimario beneficiado con la liberalidad *inter-vivos*, se había dispuesto de toda la masa patrimonial a título de legado, resultaba que sobre el mismo, al existir como hemos dicho preterición, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 814 del Código civil.

— De acuerdo con lo anterior, al contenerse en aquél únicamente disposiciones a título de legado, sólo cabría pedir, al ser el efecto previsto por el artículo 814 citado sobre legados, la reducción de los mismos por inoficiosos.

— Si el único efecto posible era, como hemos dicho, la reducción de los legados en la medida de su inoficiosidad, habría que demostrar previamente que la misma existía. Demostración que sólo podría darse de acuerdo con la posición que se mantenía con referencia a la legítima como cuota de valor. Es decir, si como se afirmaba (177) el valor de la cuota de legítima fijado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 818 del Código civil, representaba simplemente el valor económico que el legitimario tenía derecho a obtener del patrimonio del causante incluidas las donaciones que hizo en vida, parece lógico que si el legitimario, beneficiado sólo con la liberalidad *inter-vivos*, veía cubierta con ésta aquel valor no se pudiera afirmar que los legados contenidos en el testamento resultaban inoficiosos y, en consecuencia, se produciría la anómala situación de entender acaecida una preterición, al no disponerse absolutamente de nada de la cuota reservada en favor del legitimario favorecido con la donación *inter-vivos*, cuyo efecto, el de la reducción por inoficiosidad, no encontraría fundamento al advertirse, como consecuencia de la distinción de la legítima como cuota reservada y de valor, que aquél aun preterido veía satisfecha íntegramente, aunque sin ajustarse al orden previsto, no necesariamente inalterable, por la teoría en cuestión, su legítima como cuota de valor. Es decir, la distinción dentro de la idea de legítima de la misma como cuota reservada y como cuota de valor, en el supuesto ahora estudiado (legitimario beneficiado sólo con una li-

(177) GARCÍA VALDECASAS: *Op. cit.*, pp. 961 y ss.

beralidad *inter-vivos* y testamento cuyo contenido venía dado únicamente por disposiciones a título de legado, en favor si se quiere de los demás legitimarios) llevaba a la paradójica situación de que aquél, al no recibir nada en pago de su cuota reservada, se pudiera considerar preterido y, sin embargo, el efecto previsto, por el artículo 814.1 del Código civil, no se podía llevar a cabo porque al verse cubierta con la liberalidad *inter-vivos* la cuota de valor de aquél no existía inoficiosidad y, en consecuencia, difícilmente se podría dar ejecución al efecto de reducir los legados en la medida en que fueran inoficiosos cuando éstos simplemente no lo eran.

Todo ello junto con la opinión de algún autor (178) en contra de la distinción de la legítima como cuota reservada y de valor nos hace proclives a no admitir la mencionada teoría por las distorsiones que su aplicación, como hemos señalado, ocasionaría sobre el instituto de la preterición.

B) Polémica doctrinal: una constante nuevamente confirmada

Si nos detenemos a recapitular, siquiera sea mentalmente, la trayectoria seguida por la figura de la preterición, simplemente desde promulgación de nuestro Código civil, advertiremos cómo la misma se ha caracterizado por ser la promotora de gran número de las polémicas suscitadas dentro del ámbito del Derecho sucesorio. Opiniones vertidas por la doctrina en relación con la misma que si bien en ocasiones creaban más dudas de las que pretendían despejar, a la postre, se podía considerar que todas colaboraban en coformar un perfil cada vez más torneado de la mencionada figura. Función modeladora que, en definitiva, debía tener como pautas a seguir los propios preceptos del Código civil en la medida en que era dentro de la regulación en éste contenida, especialmente la del Derecho sucesorio, en donde debía encajar, con las menos holgadas y roces posibles, la figura de la preterición que con ayuda de las diferentes posiciones doctrinales, a falta de un concepto legal de la misma, se trataba de elaborar. Reiterándonos en esa intención pondremos una vez más frente a frente opciones doctrinales que ofrecían versiones distintas de la incidencia que un mismo supuesto podía tener sobre la figura en estudio, así como nuestra particular opinión sobre ellas en función de su mayor o menor adaptación a los preceptos legales; con ello intentaremos al menos que resulte más fácil, si otra cosa no conseguimos, perfilar más nítidamente un nuevo aspecto, de los muchos que presentaba la figura de la preterición. Concretamente, nos vamos a ocupar de proyectar, en la medida de lo posible, claridad sobre la men-

(178) VALLET DE GOYTISOLO: *Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, en «A.D.C.», T. 18, Fas. 1, 1965, pp. 69 y ss.; *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 189 y ss.

cionada institución en aquellos casos en los que el causante tras instituir legatario a un heredero forzoso (o más si los tenía) posteriormente revocaba el legado.

a) *La revocación del legado: desheredación o preterición*

Que duda cabe que previamente al estudio de las razones en favor y en contra, que en el citado planteamiento se encuentren respecto de la preterición, se habrá de determinar si el legado fue válidamente constituido por el causante y posteriormente si la revocación del mismo resultó igualmente válida. Puntos en los que no nos vamos a detener especialmente por cuanto, si el legado resultaba radicalmente nulo desde un principio, esto equivalía, si el legitimario no contaba con otro título a su favor, a la inexistencia de disposición alguna, testamentaria o extratestamentaria, en favor del heredero forzoso, conforme a lo cual cabía entender producida su preterición; si la nulidad radical afectaba al acto de revocación del legado con el que se favorecía al legitimario la conclusión debería ser la contraria, es decir, que la preterición, al mantenerse el legado en favor de aquél, no podía entenderse acaecida respecto del mismo. Pero concretándonos ya en la situación, revocación válida del legado, de la que vamos a ocuparnos más detenidamente, observamos cómo la misma daba lugar a enfrentamientos doctrinales desde el instante en que se trataba de referir al instituto de la preterición. Así pues, para algún autor (179) la revocación del legado, con el que se beneficiaba únicamente al legitimario debía considerarse, por las razones que el mismo expone, de preterición; por el contrario, para otro (180), idéntico supuesto (revocación del legado en favor del legitimario) no debía considerarse de ninguna manera como de preterición, sino en todo caso como de desheredación justa o injusta. Posturas claramente enfrentadas que nos llevan a puntualizar algo más el extremo debatido (revocación del legado implica o no preterición) en un intento de desvelar cuál de ellas contaba con argumentos de mayor peso para sostener, al menos, su prioridad frente a la contraria. Con la intención prevista, la primera interrogante a resolver sería: ¿la revocación del legado llevaba aparejada o no la apertura de la sucesión intestada? Interrogante que permite abrir los apartados que siguen.

(179) GARCÍA-BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 367-368.

(180) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 607 y ss.

1. Indisponibilidad posterior: sus consecuencias

Podía ocurrir que el testador se limitara a revocar el legado con el que beneficiaba al legitimario, pero sin disponer posteriormente a ello de los bienes, o derechos en su caso, que lo integraban. Esta situación podía desembocar en:

1. Que el legado (o quizá más exactamente su contenido) se refundiera (artículo 888 del Código civil) con la masa de la herencia, ello podría determinar, si no existía una institución de heredero que lo absorbiera, la apertura de la sucesión intestada respecto de los bienes que integraban el mismo (artículos 912.2 y 986 del Código civil), al no haber dispuesto, el causante que lo revocó, de ellos. De ser así, resultaría un supuesto contemplado en el artículo 815 del Código civil, pues el heredero forzoso, cuyo legado fue revocado, iba a percibir, si bien ahora como sucesor intestado (sucesión con títulos en principio no excluidos de la expresión «por cualquier título» del citado artículo (181) del *decuius*, una parte al menos de los bienes que lo integraban, con lo que al no resultar preterido, al abrirse la sucesión intestada en su favor, únicamente podía pedir el complemento de su legítima en base al citado artículo 815 del Código civil. A pesar de lo dicho cabía pensar que las consecuencias derivadas de la revocación del legado, aún sin disponer, una vez hecha, de los bienes o derechos que lo integraban, no serían las mismas si entrara en juego el mecanismo del derecho de acrecer, de la sustitución o simplemente de la institución de heredero que los absorbía; posibilidades sobre las que nos pronunciaremos, por entender que su calificación sería la misma, en el siguiente apartado.

2. Revocación y disposición: dos actos en contra de la preterición

Ahora nos planteamos no sólo que el testador revocara el legado que tenía dispuesto en favor del legitimario, sino que además dispusiera de su contenido en favor de otro legitimario o de un tercero. En este supuesto es indudable que el legitimario no recibiría nada del patrimonio del causante con lo que la solución al mismo no podría canalizarse a través de lo dispuesto en el artículo 815 del Código civil, pues nada se le había dejado por título alguno. Descartada esa posibilidad la polémica se centraba en determinar si existía preterición

(181) Partidarios de admitir dentro de la expresión referida, los títulos propios de la sucesión intestada se muestran: GARCÍA-BERNARDO: *Loc. ult. cit.*, pp. 351-352, cuando afirma que lo fundamental (para evitar la preterición) es la atribución y no el título; así cualquier título apto para una atribución de la legítima (imputación) es válido en nuestro Código civil. VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. cit.*, T. 1, Vol. 1, p. 618, al defender que la apertura de la sucesión intestada aun parcialmente evita siempre la preterición.

o desheredación. A nuestro entender la figura de procedente aplicación sería, por las razones que seguidamente expondremos, la desheredación y no la preterición.

1.^a Si la revocación se ajustaba además a las exigencias contenidas en los artículos 848 y 849 del Código civil se debía entender, por razones que a todos nos alcanzan, existente la desheredación justa y no la preterición.

2.^a Si no era así, es decir, si la revocación se hacía, como era una exigencia para su validez desprendida del artículo 738 del Código civil, con arreglo a las solemnidades necesarias para testar, pero sin cumplir con los demás requisitos previstos en los artículos anteriormente citados para la desheredación justa, entendemos que en esos casos lo procedente sería defender la existencia de desheredación injusta por:

— Resultaba indiscutible que el legitimario al habersele revocado el legado dispuesto en su favor quedaba, si no se producía, como ahora es el caso, la apertura de la sucesión intestada, privado absolutamente de su legítima.

— Según lo anterior, parecía claro que la privación de la legítima era consecuencia directa de la revocación del legado.

— Esta debía realizarse, según expusimos con anterioridad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 738 del Código civil, en definitiva, cumpliendo para llevarla a cabo las formalidades necesarias para testar.

— Si lo anterior se admite ocurriría que la privación de la legítima vendría ocasionada por la revocación del legado, que a su vez se tendría que llevar a cabo necesariamente (artículo 738 del Código civil) a través de un nuevo testamento por el que se revocaba total o sólo parcialmente el anterior.

— De acuerdo con la concatenación mencionada entre privación y revocación testamentaria quedaba patente que la primera (la privación) sólo cabía considerarla realizada expresamente en un testamento, pues esas eran las características que acompañaban a la revocación misma del legado.

— Llegados a este punto deberemos mantener para seguir una línea coherente con posiciones anteriores, en las que defendíamos como nota diferenciadora de la desheredación (justa o injusta) su carácter expreso (182) frente al presunto de la preterición (183) que el supuesto contemplado debía ser acogido dentro de la figura de la desheredación en este caso injusta, y no en el de la preterición.

Postura esta última que entendemos susceptible de trasplantar a

(182) Ver apartado G.e.a') Una primera impresión: incontrovertida vigencia de dos términos contrapuestos (así como nota 120 en él contenida).

(183) Ver apartado G.e) Tácita una nota de dudoso valor distintivo. Y subapartados en él contenidos.

aquellos casos en los que, sin disposición posterior de los bienes que integraban el legado revocado (se entiende en lo que afecta al legitimario sólo) se diera respecto del mismo el derecho de acrecer (por ejemplo, en favor de otros colegatarios), la sustitución o la absorción por una institución de heredero. Ahora no era la posterior disposición, sino alguna de las figuras mencionadas la que impedía la apertura de la sucesión intestada, pero, en definitiva, la revocación presentaba las mismas características que si existiera posterior disposición.

3. Diferencias previas: razones y clave de una solución

Con todo, no se nos oculta que nuestra postura, discordante con la que defendía la existencia de preterición en esos casos (184), podría haber resultado distinta, incluso coincidente con la misma, de haber compartido algunos puntos sobre los que ésta se asentaba. En definitiva, la elección de la salida que hemos propuesto (existencia de desheredación injusta y no de preterición) revela no sólo, como es obvio, una distinta solución, sino además la presencia de puntos de vista previos a aquélla que al no compartirse incidían inevitablemente sobre la dirección que iba a tomar la respuesta última. Pues bien, entre esos puntos de vista no compartidos, así como algunas razones para ello, cabe señalar:

1.º Se admitía que el legado resultaba perfectamente compatible con la desheredación. De tal manera que se consideraba plenamente válido un legado en favor de un legitimario desheredado, por cuanto la desheredación suponía simplemente la negación expresa de la cualidad de heredero latente en el legitimario (185).

2.º De acuerdo con esto, se afirmaba que la revocación del legado no podía calificarse nunca de desheredación, al suponer ésta también una revocación, pero ahora de la cualidad de heredero que nunca confería el legado, sino de preterición (186).

Afirmaciones a las que se puede objetar:

— De ser así, el legado podría desempeñar funciones análogas a la desheredación. Es decir, si ésta se entendía como la revocación de la cualidad de heredero, resultaba indiscutible que el legado también suponía, si lógicamente no confluía con una institución hereditaria (prelegado), la privación de la cualidad de heredero, pues a través del mismo se negaba esta cualidad latente, para conferir la de legatario.

— La única desheredación que lógicamente podría acarrear las consecuencias antes señaladas (revocación de la cualidad de heredero) sería la justa, pero no la injusta. De ser así se estaría compatibilizando,

(184) GARCÍA BERNARDO: *Loc. cit.*, pp. 367-368.

(185) GARCÍA BERNARDO: *Op. cit.*, pp. 367-368.

(186) GARCÍA BERNARDO: *Op. cit.*, pp. 367-368.

a través de la revocación del legado, la desheredación justa con la preterición; coincidencia de ambas figuras en un mismo testamento y respecto de idéntico sujeto que provocarían efectos contradictorios entre sí. En definitiva, la preterición del legitimario (por revocación del legado) determinaría en favor del preterido la anulación de la institución de herederos y la validez de las mandas y mejoras en los que no resultarían inoficiosas y a la vez la desheredación justa del mismo pondría en marcha, en favor de los hijos del desheredado, los efectos previstos en el artículo 857 del Código civil, con lo que se llegaría a la curiosa situación de favorecerse más al desheredado justamente y su estirpe que al no desheredado y la suya.

— También es verdad que se podía pensar que los efectos derivados de la preterición se producirían en virtud de lo dispuesto en el artículo 857 del Código civil, en beneficio de los hijos del desheredado en lugar de hacerlo en favor de éste (precisamente por estar desheredado justamente), a pesar de que él era el preterido a consecuencia de la revocación del legado. Solución que sólo muy forzosamente podría admitirse si se piensa que si el legitimario, al que le afectó la revocación del legado, se podía considerar preterido era precisamente (artículo 814.1 del Código civil, «*la preterición de algunos o de todos los herederos forzosos en línea recta...*»), porque tenía esa condición a pesar de la desheredación justa, pero de ser así admitir los efectos de la preterición, por lo establecido en el artículo 857 del Código civil, en favor de sus hijos supondría que a pesar de reconocérsele la cualidad de heredero forzoso no tendría derecho a recibir su legítima, lo que entraría en oposición con el contenido del artículo 806 del Código civil; de emitirse lo contrario, es decir, que no quedaba, una vez desheredado justamente, como heredero forzoso habría que concluir que tampoco podría considerarse, en virtud de la referencia expresa del artículo 814.1 del Código civil a los herederos forzosos, existente la preterición del mismo.

C) Los efectos de la indignidad sucesoria: su importancia para la compatibilidad de dos figuras

Otra figura con incidencia controvertida sobre el instituto de la preterición lo encontramos en la indignidad. Incidencia que permitía formular, como punto de partida, la siguiente interrogante de carácter general: ¿resultaban compatibles ambas figuras? O más concretamente: ¿la indignidad del legitimario suponía imposibilidad para, llegado el caso, considerarlo preterido? Ante dicha cuestión el primer tema que había que dilucidar sería: ¿la indignidad del heredero forzoso le privaba de su derecho a la legítima? La consecuencia, si la respuesta tenía un contenido negativo, sería que el indigno podía considerarse, en caso de no recibir nada en pago de su legítima, preterido;

si, por contra era positivo carecía de sentido admitir una posible preterición del mismo.

Respecto de la interrogante última un importante sector de la doctrina española junto con el Tribunal Supremo (187) se decantaba en favor de la tesis positiva, es decir, que el indigno, por el hecho de serlo, perdía todo derecho a la legítima, si bien no faltaban defensores de la tesis contraria (188). De seguirse la primera posición habría de entenderse que la omisión del legitimario, afectado plenamente por una causa de indignidad antes de la apertura de la sucesión, en el testamento del causante no constituía preterición; si bien cabía la posibilidad, no sólo en los supuestos previstos en el artículo 758.2 del Código civil, sino también en todos los demás recogidos en el artículo 759 del Código civil (189), que la indignidad estuviera pendiente,

(187) Partidarios del mismo se muestran PUIG BRUTÁU: *Fundamentos de Derecho civil*, T. 5, Vol. 1, Barcelona, 1961, pp. 150-151. ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, Vol. 5, 3.ª ed., Madrid, 1974, pp. 65-66. SANTOS BRIZ: *Derecho civil: teoría y práctica*, T. 6, Derecho de sucesiones, Jaén, 1979, p. 248. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, T. 6, Derecho de sucesiones, Vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, p. 50. HERNÁNDEZ GIL: *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos*, en «R.D.P.», T. 65, 1961, pp. 489 y ss., si bien matiza que la única excepción estaría representada por el núm. 5 del artículo 756 del Código civil, puesto que el delito de adulterio no puede ser cometido por herederos forzosos del testador (No obstante, no hay que olvidar que el contenido de ese núm. 5 desapareció de dicho artículo tras la reforma que sobre el mismo operó la Ley de 20 de mayo de 1978). ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. 5, Derecho de sucesiones, Vol. 1, Barcelona, 1979, p. 188. VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, pp. 654-655. Y el Tribunal Supremo en Sentencias como las de 28 de febrero de 1947 (Ref. Aranzadi 337) en la que en su tercer considerando afirmaba textualmente: «Que las causas de indignidad, determinantes de la incapacidad para suceder, por estar reguladas en el Código civil bajo la rúbrica —De la capacidad para suceder con testamento o sin él— con clara independencia de las de desheredación, no precisan de la expresión testamentaria para surtir efecto, como no sean remitidas por el testador, en cualquiera de las formas estatuidas en el artículo 757 del precitado Cuerpo legal; y, en consecuencia, privan a quien en ellas incurre, del derecho a suceder al agraviado, aunque sea heredero forzoso, porque la incapacidad, si es relativa con relación al *de cuius* es absoluta por lo que afecta a su patrimonio no sólo porque así cabe inferirlo de su naturaleza y fundamento, dada la trascendencia social de los hechos que la originan, sino también del contenido del artículo 761 del Código y aun del mismo principio de la inviolabilidad de la legítima, que no puede prevalecer, por inconciliable con la sucesión, cuando el heredero se halla incurso en tan graves motivos de indignidad»; 6 de diciembre de 1963 (Ref. Aranzadi 5.207) en su segundo considerando decía literalmente: «Ya que con repasar el tercero de los preceptos que se citan basta para advertir que en ellos, de modo esencial, se establece la protección legal al régimen de las legítimas que el Código instituye, y cuya observancia es obligada, salvo el caso de indignidad para suceder o de justa desheredación, por lo que al concurrir éstas o carecer los hechos en que traten de fundarse de fuerza legal para ello, es forzosa la aplicación de aquellas reglas que suponen lo que es normal»; las que se pueden añadir, si bien sus manifestaciones no son tan claras sobre el punto que nos ocupa, las de 22 de febrero de 1934 («R.G.L.J.», *Juris. Civil*), 11 de febrero de 1946 (Ref. Aranzadi 121), 20 de febrero de 1963 (Ref. Aranzadi, 1.126) y 7 de marzo de 1980 (Ref. Aranzadi 1.558).

(188) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. 6, Vol. 1 (artículos 744 a 839), 8.ª ed., Madrid, 1973, p. 83.

(189) En ese sentido, HERNÁNDEZ GIL: *Op. cit.*, pp. 479 y ss.

abierta ya la sucesión, de confirmación bien por sentencia firme en la vía penal, por declaración judicial en la civil (190) o simplemente de que transcurriera el mes fijado para la denuncia; supuestos en los que parecía atinado esperar, para determinar la existencia o no de preterición, si además, como parece desprenderse del artículo 762 del Código civil, se hubiera instado la declaración de indignidad (191), a que se emitiera la decisión judicial correspondiente. De tal manera que si la resolución (penal o/y civil) era exculpatoria para el legitimario o éste no se veía finalmente afectado por la causa del número 4 del artículo 756 del Código civil, al haber intervenido de oficio la justicia, procedido a la correspondiente denuncia o a la inexistencia de la obligación de acusar, aquél no se podía considerar indigno, en cuyo caso, al no podersele incapacitar por causa alguna, se le podría considerar, de no existir disposición a su favor, preterido; condición que no resultaría predicable del mismo si, por el contrario, la causa de indignidad le llegara a afectar, siempre y cuando, como es lógico, ésta no dejara por lo dispuesto en el artículo 757 del Código civil de surtir efecto.

Si, en lugar de la posición expuesta, se defendía la tesis que consideraba al legitimario indigno, salvo que lo fuera por la causa prevista en el artículo 756.2 del Código civil, con derecho a percibir su correspondiente cuota legitimaria, se había de admitir igualmente que el mismo, si no recibía nada en pago de ella, debía considerarse preterido, solución que chocaba, y éste era el principal argumento de la tesis positiva (192), con lo dispuesto, con carácter general en el artículo 761 del Código civil, en favor de los hijos o descendientes del excluido de la herencia por incapacidad. De otro lado, si se consideraba que el legitimario no perdía, a pesar de ser declarado indigno, su derecho a la legítima había consecuentemente que afirmar, en el caso de no recibir nada en pago de la misma, existente la preterición.

a) *El reconocimiento del derecho a la legítima en el sucesor indigno: una posición discutible*

La perspectiva última no resulta del todo coherente si se piensa en las consecuencias que de ésta se podían derivar y en el derecho que aquél tenía. Más explícitamente, defender, para el legitimario de-

(190) HERNÁNDEZ GIL: *Loc. ult. cit.*, p. 479.

(191) De esa opinión HERNÁNDEZ GIL: *Op. cit.*, pp. 479-480.

(192) En efecto, quienes negaban para el indigno derecho alguno a la legítima (ver nota 187) encontraban, en la redacción sin excepción del artículo 761 del Código civil su fundamental punto de apoyo para afirmar, pese a lo dispuesto con carácter particular en el núm. 2 del artículo 756 del Código civil, que aquél quedaba privado totalmente de su derecho a la legítima.

clarado indigno, la pervivencia de su derecho a la legítima entrañaba reconocer, en el caso de que no recibiera nada en pago de ella, su preterición y los efectos que le eran propios. De tal manera que ocurrida ésta se deberían anular íntegramente las instituciones de heredero contenidas en el testamento (artículo 814.1 del Código civil), si bien a pesar de este radical efecto él sólo podría recibir, pues era la extensión que se le reconocía, a efectos patrimoniales, a sus derechos sucesorios en todo caso, estrictamente su cuota de legítima (193). Supuestos en los que, obvio es decirlo, podía no existir una adecuada correlación entre los graves efectos provocados por la preterición sobre el testamento y la medida en que de ellos se iba a beneficiar, a consecuencia de su indignidad, el heredero forzoso preterido. Además, el reconocimiento del derecho a la legítima en favor del indigno, fuera del caso del artículo 756.2 del Código civil, sólo cobraba sentido si ese derecho era el único que éste podía recibir; es decir, si aparte de su cuota legitimaria no pudiera beneficiarse, aun dispuesta a su favor (si ello no suponía la aplicación del contenido del artículo 757 del Código civil en favor del indigno), de mejora ni de todo aparte del tercio de libre disposición. De no entenderse así el indigno, cuya causa de indignidad no hubiera dejado de surtir efecto (artículo 757 del Código civil), no se diferenciaría en nada del resto de herederos forzosos que no lo eran, pues éstos sólo podían jurídicamente exigir la cobertura de su porción de legítima, pero nada más; si bien tendrían derecho a recibir, si el causante lo disponía en su favor, el tercio de mejora y el de libre disposición. Pero en última instancia, aun entendiendo reducidos los derechos del legitimario indigno estrictamente a su cuota de legítima, éste no se veía privado de nada a lo que en principio tuviera derecho, pues la distribución del tercio de mejora y de libre disposición quedaban, dentro de los límites legales, al libre arbitrio del causante. En definitiva, reconocer al heredero forzoso indigno su derecho a la legítima suponía negarle únicamente derechos en potencia, es decir, que podía igualmente no recibir sin necesidad de ser indigno, lo cual no parecía tener mucho sentido. Consideraciones todas que hacen más aceptable la posición de aquella otra corriente doctrinal (194) citada que consideraba al indigno, cualquiera que fuese la causa, privado íntegramente de sus derechos legitimarios.

b) *Los descendientes del indigno: susceptibles o no de preterición*

Ahora bien, si de acuerdo con el planteamiento anterior carecía de sentido, como hemos visto, referir el instituto de la preterición

(193) MANRESA: *Loc. ult. cit.*, T. 6, Vol. 1, p. 83.

(194) Véase nota 187 anterior.

al legitimario indigno, quedaba por dilucidar si la misma falta de significado podía propugnarse de esa figura respecto de sus hijos o descendientes. Cuestión que no presentaba especiales problemas en los casos en los que el testador hubiera instituido directamente herederos o legatarios a los hijos o descendientes del indigno, o bien que junto a la institución de éste, si naturalmente no entraba en juego, respecto de la causa de indignidad, lo previsto en el artículo 757 del Código civil, designara a aquéllos sustitutos del mismo (195). En ambos casos la stirpe del indigno iba a recibir la satisfacción del derecho que a la legítima se le reconocía a través del artículo 761 del Código civil. Con lo que en ninguno de ellos (196) se daría su preterición, si bien podrían solicitar, si es que no se les había cubierto íntegramente, el complemento de aquel derecho.

1. La falta de disposición en favor de los descendientes: dos opciones para no considerar la preterición

Si el causante no había hecho disposición alguna en favor de los hijos o descendientes del indigno, pero sí testamentaria en beneficio de éste, cabía pensar, siempre que la misma no implicara la supresión de los efectos derivados de la causa de indignidad, lo siguiente:

Que el indigno, con independencia de que, en su caso, se le considerase o no titular del *ius delationis* (197), llegara a tomar posesión de los bienes comprendidos en aquel título de disposición con el que se le beneficiaba. De ser así, los hijos o descendientes del mismo contaban, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 762 del Código civil, con un plazo de cinco años para ejercitar la acción correspondiente contra aquél y obligarle (artículo 760 del Código civil) a su restitución. Posibilidad que combinada con lo establecido por el artículo 761 del Código civil, en relación con el 929 del mismo cuerpo legal permitía pensar, tanto si la referida acción se ejercitaba como si no (pu-

(195) Si bien de seguirse la opinión de ALBALADEJO: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 1, pp. 164 y ss., en el sentido de admitir el derecho de representación en la sucesión testada si fue introducido por el causante en su testamento, cabía entender que el mismo se podría disponer en favor de los hijos o descendientes del indigno.

(196) Ni lógicamente si admitiendo la posición de ALBALADEJO: *Loc. ult. cit.*, T. 5, Vol. 1, pp. 164 y ss., respecto de la posibilidad del derecho de representación en el testamento del causante, dicho derecho existía en favor de aquéllos.

(197) Sobre este punto, ALBALADEJO: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 1, p. 189, mantiene que la delación en favor del indigno debe entenderse excluida. HERNÁNDEZ GIL: *Op. cit.*, pp. 474 y ss., llega a admitir la delación hereditaria en favor del indigno cuando se trata de la causa prevista en el núm. 4 del artículo 756 o bien cuando las causas que pueden dar lugar a la indignidad son anteriores a la apertura de la sucesión, en tanto la delación en favor del indigno no sea impugnada; si bien afirma que si se llegaba a declarar judicialmente la causa de indignidad y el indigno excluido de la sucesión aquella delación en favor de éste se eliminaba retroactivamente con la sentencia firme que declarase la indignidad.

diéndolo hacer), que aquéllos sólo en última instancia debían considerarse preteridos. En otros términos, si los legitimarios, del indigno que había tomado posesión de los bienes pertenecientes a la herencia del causante, contaban, durante un plazo de cinco años (198), con la posibilidad de dirigir contra el mismo una acción por la que podían solicitar que fuese declarada su incapacidad y, en consecuencia, viniera obligado a restituir los bienes, de tal manera que si la misma prosperaba éste quedaba excluido de la herencia por incapacidad (derivada de indignidad) y aquéllos pasaban a tener su derecho a la legítima, no parecía, por lo que más adelante diremos, inevitable, tanto si se valían como no de la mencionada acción, que en principio se pudieran considerar, con las graves consecuencias que para el testamento ello podría acarrear, preteridos. En definitiva, a pesar de no existir disposición alguna en favor de los hijos o descendientes del indigno, cabía pensar, en la medida en que se aceptaran otros mecanismos legales que les permitieran cubrir su correspondiente cuota legitimaria en la sucesión del causante, que los mismos no habían sido preteridos. Planteamiento último que resultaba, en buena medida, viable, tanto si se entendía que lo dispuesto en el artículo 761, en relación con los hijos o descendientes del indigno suponía un simple reconocimiento, por otro lado innecesario, de su cualidad de herederos forzosos (199) respecto de la sucesión que se abría, como si al contrario se consideraba que ello era simplemente la admisión, en base a lo dispuesto en el artículo 929 del Código civil, en relación con el 761 del mismo Código, de un derecho de representación a su favor (200). En el primer caso, por cuanto cabía pensar que la acción por la que hijos o descendientes del indigno pedían la declaración de su incapacidad afectaba sólo a éste, pero no a las disposiciones testamentarias, en sí mismas no influidas por ningún vicio que las hiciera inicialmente nulas, hechas a su favor. De ser así (mantenimiento de las disposiciones hechas en favor del indigno) se daba pie para pensar que en las mismas podrían entrar (en base al contenido del artículo 761 del Código civil), al menos para cubrir su legítima, los hijos o descendientes de aquél, con lo que se eludiría su preterición y desde luego las rigurosas consecuencias que de la misma se podían derivar. En otras palabras, si el artículo 761 citado establecía que, excluido de la herencia (el indigno) por su incapacidad, sus hijos

(198) Respecto del momento a partir del cual se debe iniciar el cómputo existen diversas opiniones: ALBALADEJO: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 1, pp. 205-206, mantiene que el plazo se cuenta desde el comienzo de la posesión. HERNÁNDEZ GIL: *Loc. ult. cit.*, sin embargo, defiende, pp. 482-483, que los cinco años que señala el artículo 762 del Código civil deben contarse a partir de la declaración de indignidad.

(199) GIMÉNEZ ARNÁU: *El derecho de representación en la sucesión voluntaria*, en «R.C.D.I.», 1940, pp. 27-28. R.D.G.R.N. de 14 de agosto de 1959 (ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia Registral*, T. 9, años 1951-1963).

(200) En este sentido, HERNÁNDEZ GIL: *Loc. ult. cit.*, pp. 474 y ss.

o descendientes pasaban a adquirir su derecho a la legítima, nada impedía en principio entender que aquéllos, puesto que el derecho que a la legítima tenía se realizaba (total o parcialmente) en las disposiciones testamentarias existentes a su favor, pasaran a ocupar, dentro de éstas, la posición de aquél, al menos en lo que se refería a la legítima, pues, en definitiva, con ello lo que se conseguía era que los descendientes adquiriesen el derecho que aquél tenía, en este caso concreto en las disposiciones testamentarias existentes a su favor, a recibir su legítima.

En el segundo, por cuanto tampoco existía nada que, en principio, impidiera pensar en la existencia en favor de los hijos o descendientes del indigno de un derecho de representación. Posibilidad que cobraba pleno sentido si al mencionado derecho se le concedía un carácter preeminente. Es decir, en este caso, cabía entender si el indigno era excluido de la herencia a consecuencia de la acción que habían ejercitado, solicitando se declarase su incapacidad por indignidad (artículo 761 en relación con el 762, ambos del Código civil), sus hijos o descendientes, que caerían las disposiciones testamentarias hechas en su favor con la consiguiente apertura de la sucesión intestada. Esto permitiría a aquéllos adquirir, una vez abierta aquella sucesión y en base al derecho de representación regulado en los artículos 924 y siguientes del Código civil, al menos parte de la cuota correspondiente a la legítima. En definitiva, no parecía desacertado entender, si es que se quería evitar la preterición, que, desde la perspectiva en que ahora estamos colocados (entrada en juego del derecho de representación), se abriría con preferencia a cualquier otra posibilidad (derecho de acrecer o absorción por una institución de heredero) no dispuesta expresamente por el testador, la sucesión intestada. Admitir lo contrario llevaría a la incoherencia de conceder a los hijos o descendientes del indigno una acción (la del artículo 762 del Código civil) de la que, al menos en un primer momento, no se iban a beneficiar directamente ellos, sino otros sucesores (los que tuvieran a su favor, por ejemplo, el derecho de acrecer o la institución de heredero) del *de cuius*. De ser así, aquéllos vendrían obligados, si alguna utilidad querían obtener de la acción por la que había pedido fuese declarada la incapacidad de su ascendiente por indignidad, a valerse de otros resortes jurídicos como los previstos en el artículo 814 del Código civil para los casos de preterición. En otros términos, si como ya hemos expuesto con anterioridad (201) en nuestro Código civil sólo cabía reconocer la existencia de dos tipos únicos de sucesión: la testada y la legítima o intestada, resultaba difícil, de acuerdo con ello, dar entrada sin más al llamado derecho de repre-

(201) Ver apartados anteriores: A) «los confusos principios de la sucesión *mortiscausa*», y, especialmente, B) «Una posible idea parcial de la preterición en el Código civil».

sentación en la sucesión del primer tipo, en la medida en que ésta requería (artículo 658 del Código civil), como presupuesto de existencia, la voluntad, o al menos la intención, en este sentido (de admisión del derecho de representación) por parte del testador (202), lo que implicaba, en buena medida, que si la misma existía al ser necesaria para poder calificar la sucesión de testamentaria (artículo 658 del Código civil), pero no en el sentido expuesto, habría que pensar en una institución de heredero, de legatario o en una sustitución en beneficio del mismo. Es decir, el derecho de representación, salvo que el causante lo estableciera en su testamento, sólo podía ir referido a una sucesión *ab intestato*, lo que planteaba, en el caso que estamos centrados (institución de heredero o legatario en beneficio del indigno, pero ninguna en favor de sus hijos o descendientes), la exigencia de que cayera la mencionada institución, con la que se favorecía a éste, para que entrara en juego el derecho de representación en favor de sus hijos o descendientes, a la par que se conseguía eludir su preterición (203).

2. Un supuesto difícil de excluir de la preterición

En el supuesto de no existir disposición de ningún tipo ni en favor del indigno ni de su estirpe sólo muy forzosamente podría negarse la existencia de preterición. En efecto, si el causante había distribuido íntegramente su as hereditario sin beneficiar por título alguno ni a su legitimario indigno ni a su estirpe estaba claro que ésta no iba a recibir, ni por sucesión testada, porque no existía disposición testamentaria alguna a su favor, ni por sucesión *ab intestato*, pues el *de cuius* había dispuesto íntegramente de todo su patrimonio hereditario,

(202) En ese sentido, ALBALADEJO: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 1, p. 164.

(203) Con todo, las opiniones doctrinales, en relación con la perspectiva que ahora abordamos (institución del causante en favor del indigno, pero no de sus hijos o descendientes) resultaban dispares, como lo demuestra ALBALADEJO: *Op. cit.*, T. 5, Vol. 1, pp. 168-169, en las que mantiene que si fue instituido el indigno pero no sus descendientes se produciría respecto de éstos un impago de la legítima para cuya percepción tendrían que usar el remedio del artículo 814 del Código civil. En el mismo sentido, GARCÍA BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, en «A.D.C.», 1969, T. 22, Fas. II, pp. 354-355. VALLET DE GOYTSOLO: *Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil*, en «R.D.P.», T. 51, 1967, pp. 736 y ss.; *Las legítimas*, T. 1, Vol. 1, p. 628. Si bien este autor llega a matizar una afirmación anterior cuando sostiene (p. 737 de la obra anterior citada y pp. 94 y 95 de la ahora reseñada) que la preterición de los hijos del incapaz no produce la nulidad de la institución, si no sólo en la parte en que afecte a la legítima estricta correspondiente. ROCA SASTRE: *Estudios sobre sucesiones*, T. 1, Madrid, 1981, p. 418, en donde niega la existencia no sólo de preterición si el indigno estaba beneficiado por una disposición testamentaria, sino además del derecho de representación en favor de sus descendientes e incluso de la *successio graduum*, y califica a lo dispuesto en el artículo 761 del Código civil, como una norma especial en virtud de la cual la ley llama a la estirpe respecto de la cuota legítima.

nada por título alguno (si lógicamente tampoco contaba con una donación *inter vivos* a su favor). De tal manera que al estar privados absolutamente de toda participación en la legítima, si en el testamento no se les excluía expresamente [con el alcance que en el presente trabajo hemos dado a ese término (204)] de la misma, cabía entender razonablemente que los descendientes del indigno habían resultado preteridos. Perspectiva difícil de eludir incluso acudiendo a los dispuesto en el artículo 761 del Código civil, por cuanto del texto del mismo se podía fácilmente desprender que a los descendientes del indigno sólo les quedaba, en el supuesto ahora estudiado, el recurso de la preterición. Más concretamente, el artículo 761 del Código civil, disponía: «Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, *adquirirán éstos su derecho a la legítima.*» Pues bien, al no existir disposición alguna en favor del indigno, ni posibilidades para dar entrada a la figura de la desheredación justa o injusta, estaba claro que a éste, si hubiera estado capacitado para suceder al causante, sólo le quedaba, si quería hacerse con la legítima, la vía del artículo 814 del Código civil, es decir, de la preterición; si esto se aceptaba y se ponía en conexión con lo dispuesto en el artículo 761.1, *in fine*, del Código civil, cabía entender, puesto que los hijos o descendientes del indigno lo que adquirirían era el derecho que éste antes tenía a la legítima, que si el derecho del mismo a dicha cuota legal sólo podía hacerse efectivo con los resortes de la preterición, aquéllos, puesto que no contaban con otros, también pasaban a tener únicamente, salvo que se entendiera existente un llamamiento directo de la ley en su favor (205), los mecanismos de dicha institución para ver satisfecha su participación legitimaria.

D) Dos vertientes doctrinales de los efectos de una misma institución

Si nos detenemos a contemplar los derroteros seguidos hasta el momento para estudiar el instituto de la preterición en nuestro Código civil, rápidamente apreciaremos cómo los mismos se encontraban, probablemente fruto de la ausencia, en dicho cuerpo legal, de una clara formulación de la citada institución, jalonados frecuentemente por discrepancias doctrinales consecuencia de la elección, ante la di-

(204) Ver apartado D) «La desheredación: una nueva perspectiva de la preterición, y G) «Tácita: una nota de dudoso valor distintivo» y subapartados en él contenidos.

(205) De esa opinión parece ROCA SASTRE: *Loc. ult. cit.*, T. 1, pp. 418 y ss., concretamente en la nota 32, cuando afirma refiriéndose al artículo 761 del Código civil que la disposición contenida en el mismo no es en el fondo ni derecho de representación ni *successio graduum*, sino una norma especial en cuya virtud la ley llama a la stirpe respecto de la cuota legitimaria (Con todo, esta posición siempre se encontraría enfrente lo dispuesto en el artículo 658 del Código civil).

versidad de opciones que se presentaban, de una vía concreta para llegar a la inteligencia de la figura que ahora nos ocupa. Pero, si la falta de una expresa conceptualización de ésta propiciaba, ante los diversos puntos que surgían en el camino recorrido por autores y jurisprudencia para llegar a un concepto de preterición, distintas orientaciones doctrinales, cuya dirección prefijaba, en no poco, cuál iba a ser la visión última de aquel concepto, no ocurría lo mismo con los efectos de la tan citada figura; terreno en el que el Código civil, concretamente en su artículo 814, se mostraba claro y contundente cuando afirmaba: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta *anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*»

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 herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto.»

Con todo, la doctrina científica no se resistía, a pesar de que los efectos establecidos para la preterición en el artículo 814 del Código civil, eran confirmados, pese a su rigor (fundamentalmente los previstos en el párrafo 1.º del citado artículo), una y otra vez por la doctrina jurídica (206), a aportar sus peculiares puntos de vista sobre los que, al menos en teoría, deberían producirse sobre el testamento en caso de resultar aplicable aquella figura; única opción que les quedaba a los autores ante la contundencia de la formulación del artículo 814 del Código civil y de la posición tajante que sobre este punto mostraba el Tribunal Supremo (207). Postura de la doctrina científica

(206) Postura mantenida no sólo durante la etapa histórica que ahora nos ocupa (1958-1981), sino también con anterioridad a la misma como lo demuestran, entre otras, las siguientes resoluciones: Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1903 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 95), 17 de junio de 1908 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 111), 11 de mayo de 1909 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 115), si bien en ésta se mantiene que la nulidad de la institución de heredero ha de limitarse a la reclamación de la parte actora; R.D.G.R.N. de 31 de enero de 1913 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 126) en la que, no obstante, se rechaza el efecto anulatorio de la institución por preterición si existe acuerdo en la partición entre todos los interesados; Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1914 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 129), 11 de marzo de 1950 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 30) en la que se vuelve a insistir en la validez de las particiones hechas, previo acuerdo, entre instituidos y preteridos; Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1950 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 30), 9 de diciembre de 1955 (Ref. Aranzadi 3 612), 15 de octubre de 1957 («R.G.L.J.», Juris. Civil., T. 62), 23 de enero de 1959 (Juri. Registral, ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: años 1951 y 1963, Barcelona, 1967, T. 9), 1 de julio de 1969 (Ref. Aranzadi 3.824), Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1970 (Ref. Aranzadi 4.621).

(207) Posiciones críticas de la doctrina frente a los efectos previstos en el artículo 814 del Código civil para los casos de preterición que no constituyen una novedad del período que nos ocupa (1958-1981), sino que encontraban ya expresión en años precedentes como lo prueba DE LA CÁMARA: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, en «R.D.N.», 1955, T. 7, pp. 65

que si bien discurrió siempre paralela a la mantenida por la jurisprudencia sin llegar nunca a aplicarse prácticamente por ésta en ninguna de sus resoluciones (ajustadas a la literalidad del artículo 814 del Código civil, salvo que existiera acuerdo entre instituidos y preteridos (208), sí acabó, al menos, por conseguir de ella un reconocimiento puramente teórico de alguno de los planteamientos propuestos, en relación con las consecuencias jurídicas que se deberían desprender de la preterición, en atención principalmente a la intencionalidad o no de la misma (209).

Relevancia de la idea de intencionalidad en el ámbito de las consecuencias jurídicas derivadas de la preterición que curiosamente, y sin otra aspiración que la de hacer una simple alusión (al centrarse el presente trabajo exclusivamente en la regulación de la mencionada figura dentro del Código civil por entender que su adecuado estudio en el ámbito del Derecho foral tendría, en sí mismo, entidad suficiente para la elaboración de una nueva tesis (210), se daba en el artícu-

y ss., en las que entre otras cosas se afirma: el artículo 814 del Código civil no distingue entre preterición intencional y preterición errónea. Por tanto, la aplicación literal del precepto obliga a mantener igual solución para ambos casos, solución (la del artículo 814) que si bien puede defenderse para el caso de preterición no errónea es perfectamente arbitraria para el supuesto de preterición intencional.

(208) Ver nota 206.

(209) Así aparece ya en la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente a 1908 y recogida parcialmente por SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, T. 5, Vol. 2, Derecho de sucesión, Madrid, 1910, pp. 1137 y ss., en las que se recogían afirmaciones como éstas: «...pues 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 hubiera 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 menos es la libertad relativa que tenga el testador para disponer de sus bienes, bien merece la sanción de la nulidad preceptuada, en cuanto a la institución de heredero, que es la que directamente afecta a la persona preterida. Claro es que semejante sanción, especialmente en este último caso, no es absolutamente necesaria, puesto que el legislador ha podido disponer para tal caso una solución distinta, que quizá en algún caso concreto pudiera resultar más equitativa..., pero todo esto que podrá merecer reflexión y estudio el día que se haga la revisión del Código, no es en manera alguna lo estatuido...» Y la R.D.G.R.N. de 14 de agosto de 1959 (ROCA SASTRE y MOLINA JUVOL: *Juris. Registral*, años 1951-1963, Barcelona, 1967. T. 9) afirmaba: «...al no reconocer nuestro Cuerpo legal diferentes efectos jurídicos a los supuestos de preterición errónea y preterición intencional —no obstante, las razones existentes para tal diferenciación— se produce el resultado que dicho artículo sanciona, el de la anulación de la institución de heredero, quedando subsistentes las mandas y mejoras...»

(210) Lo que fácilmente se puede desprender simplemente con asomarse al Derecho foral, en el que se recogen preceptos de contenido tan diverso como:

— Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Alava (Ley de 30 de julio de 1959). De las disposiciones aplicables en Vizcaya, artículo 23: «El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás.

Los comprendidos en los números 1, 2 y 3 de dicho artículo podrán ser excluidos

lo 141 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (211) en el que se distinguía, según terminología de los autores, la preterición intencional de la errónea. Así para la primera, recogida en el artículo 141.1 de la citada Compilación, se estatúa por el párrafo 2.º del mismo artículo que: «La preterición del legitimario 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», mientras que para la segunda el párrafo 3.º establecía: «La preterición del legitimario que sea hijo o descendiente legítimo del testador, nacido o que haya llegado a ser legitimario después de otorgado el testamento o

sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separalos de su herencia.

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

Artículo 63 (de las disposiciones aplicables en Alava): «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.»

— Compilación del Derecho civil especial de Galicia (Ley 147/1963, de 2 de diciembre), artículo 84: «El ascendiente que quisiere conservar indivisos un lugar o una explotación agrícola podrá adjudicarlos íntegros a cualquiera de sus hijos o descendientes, por actos *inter-vivos* o *mortis-causa* y aunque las suertes de tierras estén separadas. Esta adjudicación implica la mejora tácita en las siete quinceavas partes de la herencia, si el testamento no dispusiera otra cosa, y no impide que el ascendiente disponga, a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición.

Cuando el ascendiente haya hecho uso de esta facultad, se satisfarán a los demás herederos forzosos sus legítimas, o las porciones de mayor entidad en que los instituya, con metálico u otros bienes, si los tuviere.»

— Compilación del Derecho civil foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo), Ley 271: «Preterición. La preterición tiene por efecto la nulidad de la institución de heredero, pero deja a salvo las demás disposiciones. Únicamente podrán ejercitar la acción de impugnación el legitimario preterido o sus herederos.»

— Compilación del Derecho civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril), artículo 122: «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 aquellos era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición *mortis-causa*.

2.º La de todo el caudal, en otro caso.»

Artículo 123: «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.»

— Compilación del Derecho civil especial de Baleares (Ley 5/1961, de 19 de abril), artículo 46 (de las disposiciones aplicables en Mallorca): «La legítima atribuye derecho a una porción de la herencia y debe ser pagada en bienes de la misma, siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador.

Los legitimarios, como herederos, podrán ejercitar las acciones de petición y división de la herencia y promover el juicio de testamentaria.»

(211) No obstante, con anterioridad a la citada Compilación (promulgada por Ley de 21 de julio de 1960) los efectos admitidos por los autores (ver BORREL y SOLER: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.ª ed., T. 5, Barcelona, 1944, pp. 389 y ss.) iban, sin entrar en la intencionalidad o no, desde los que entendían que la preterición permitía rescindir la institución de heredero, pero no el resto de disposiciones testamentarias, hasta la de quienes consideraban que la misma provocaba la anulación de todo el testamento.

cuya existencia ignoraba el causante al testar, constituirá preterición errónea y conferirá al legitimario preterido acción para obtener la nulidad total del testamento» (212). Párrafo transcrito respecto del cual la doctrina catalana ha llegado a mantener (213) que en el mismo se desplaza el problema del ámbito de la preterición (214) al de los vicios de la voluntad testamentaria. En definitiva, que en el mismo al establecerse una presunción *iuris et de iure* de olvido en el testador se estaba reconociendo un defecto de voluntad del mismo; de esta manera se consigue que los efectos derivados de la preterición errónea no formen parte de la disciplina de la preterición, sino de la referente a las causas de revocación de los testamentos.

De otro lado, algún autor de la citada doctrina foral (215) ha llegado a mantener que de lo dispuesto en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 141 de la Compilación de Cataluña cabe afirmar, al no poder el legitimario preterido rescindir el testamento o la institución de heredero (lo que se entendía inherente al concepto de preterición), que no hay verdadera preterición según su concepto jurídico. Por el contrario, en el tercer párrafo del artículo 141 sí existe por el efecto previsto: la nulidad total del testamento, una auténtica preterición en su sentido jurídico.

Pero si volvemos a tomar el cauce que, para el estudio de la preterición, nos marcaba el Código civil, observamos cómo aquellos planteamientos doctrinales, respecto de los efectos que deberían, al menos de *lege ferenda*, desprenderse de la citada figura, llegaban, y sólo

(212) Con todo, no hay que olvidar que los párrafos mencionados del citado artículo 141 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, han sido, por Ley de 20 de marzo de 1984, redactados en los siguientes términos: artículo 141, párrafos 1, 2 y 3: «Es preterido el legitimario que no haya 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.

La preterición del legitimario no dará lugar a la nulidad del testamento, pero al preterido le quedará a salvo el derecho de exigir lo que por legítima le corresponda.

Sin embargo, la preterición del legitimario que sea hijo o descendiente del testador, nacido o que haya llegado a ser legitimario después de otorgado el testamento, o cuya existencia ignoraba el causante al atestar, constituirá preterición errónea y conferirá al legitimario preterido acción para obtener la nulidad total del testamento, salvo que los instituidos herederos fuesen el cónyuge o los descendientes del testador, en cuyo caso los preteridos erróneamente sólo podrán reclamar la legítima.»

(213) FIGA FAURA: *Dos notas sobre la preterición errónea de descendientes*, en «R.J.C.», 1970, pp. 109 y ss.

(214) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS: *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, T. 3, Derecho sucesorio catalán, Vol. 2, Barcelona, 1980, p. 323, quienes, no obstante, consideran que: «Desaparece la preterición errónea cuando el legitimario ha recibido una donación en concepto de legítima o imputable a ella, desapareciendo en este supuesto no sólo la preterición errónea, sino también la intencional, ya que el donante reconoce la cualidad de legitimario que concurre en el donatario.»

(215) O'CALLAGHAN MUÑOZ: *La preterición en Cataluña. Estudios sobre la legítima Catalana. Cátedra de DURÁN I. BAS*, Barcelona, 1973, pp. 289 y ss.

por hacer hincapié en algunos de ellos (216), a soluciones como las siguientes:

— Albaladejo (217), si bien entendía que se había de partir de la regla de la nulidad de toda la institución de heredero en caso de preterición, consideraba que ello no debía suponer olvidarse del principio de la soberanía de la voluntad del causante que en materia testamentaria sólo encontraba el tope de las legítimas. De tal manera que de la combinación de aquella regla con este principio mantenía, pese a reconocer que por doctrina y jurisprudencia se admitía el sentido claro del artículo 814 del Código civil en cuanto a la nulidad de la institución de herederos sin salvedad alguna posible, la interpretación del mencionado artículo orientada a salvar de la nulidad no a toda la parte de la institución que perjudicase a la legítima, sino a salvar únicamente aquella parte de la institución que, de acuerdo con la voluntad del testador, se habría establecido igual aun habiéndose instituido al preterido. De tal manera (continuaba el autor ahora referido) que si una vez anulada la parte de institución, que él denominaba dañosa para el preterido, la misma no resultaba suficiente para cubrir íntegramente las legítimas se debería de anular, con preferencia a los legados, la parte correspondiente a la institución de herederos no dañosa para el preterido, salvo voluntad en contra del testador (218).

(216) Pues además de las que se van a referir en el texto se encontraban, entre otras, las opiniones de ENNECERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, T. 5, Derecho de sucesiones, trad. de la decimoprimer revisión del HELMUT COING: *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por RAMÓN M.ª ROCA SASTRE*, Vol. 1, 2.ª ed., Barcelona, 1976, pp. 97-98, en las que se hacen reflexiones como éstas: «Al atribuir la ley el mismo efecto a ambos tipos de preterición equipara dos cosas verdaderamente diferentes. Lo lógico sería que así como la preterición intencional solamente debiera producir el efecto de dejar a salvo la legítima del preterido —al igual que en la desheredación injusta, que en el fondo es una preterición intencional expresa—, en cambio, la preterición errónea debiera dejar totalmente sin efecto el testamento —análogamente a lo que se establece en la revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos.» DE LA CÁMARA: *Estudios sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil* («Centenario de la Ley del Notariado», Secc. 3.ª, Vol. 1, Madrid, 1964), p. 747 (nota 44), en la que se decía: «...lo que pudo tener su justificación en la génesis del sistema romano es hoy un remedio exorbitante e innecesario. Bastaba conceder al legitimario el derecho a reclamar su legítima. La nulidad total de la institución es inadmisibles, al menos en la hipótesis de preterición intencional.» PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, T. 5, Sucesiones, Vol. 3, 1963, pp. 381 y ss., en las que defiende una equiparación de efectos de la preterición con la desheredación injusta; *Compendio de Derecho civil español*, 2.ª ed., T. 4, Sucesiones, Pamplona, 1972, pp. 712 y ss., en las que se vuelve a defender la postura de equiparación, en cuanto a efectos, de la preterición con los de la desheredación injusta.

(217) ALBALADEJO: *Para una interpretación del artículo 814, 1.º del Código civil*, en «R.D.P.», 1967, pp. 1025 y ss., y en especial por lo que aquí es objeto de singular referencia, pp. 1026, 1032 y 1036. Partidario de la tesis del autor antes citado se muestra SANTOS BRIZ: *Derecho civil: teoría y práctica*, T. 4, Derecho de sucesiones, Jaén, 1979, p. 688.

(218) VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, T. 1, Vol. 2, p. 935, considera, en relación con la tesis propuesta por ALBALADEJO respecto de los efectos de la preterición

— Vallet (219), después de afirmar, de un lado, que extender a todo el testamento la nulidad en caso de preterición errónea sólo tendría pleno sentido en aquellos casos en los que el carácter determinante del error respecto al testamento en su totalidad resultara del tenor de éste aunque relacionándolo con circunstancias de hecho extrínsecas, y de otro, que circunscribir sólo a la legítima el alcance de la nulidad de la institución en los casos de preterición intencional sólo triunfaría si la intencionalidad de la preterición podía deducirse o inferirse del tenor del testamento aunque también haya de completarse con circunstancias extrínsecas, hacía, si bien únicamente en el ámbito del Derecho constituyente, la siguiente distinción, en cuanto a los efectos de la preterición:

— Preterición intencional, debería tener los mismos efectos que la desheredación injusta.

— Preterición debida a error optativo u olvido de un nombre debería solucionarse aplicando el criterio del artículo 814 del Código civil laxamente interpretado en sus excepciones; es decir, invalidando la institución, pero no así los legados y mejoras, incluso las llamadas tácitas por estar embebidas en la institución.

— Preterición errónea propiamente dicha por sobrevivir hijos que se creían fallecidos o por sobrevenir el nacimiento de otros. En estos casos se debería invalidar no sólo la institución, sino todas las demás disposiciones de contenido patrimonial con la salvedad de que fuera otra la voluntad del testador conforme a lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil.

— Preterición de descendientes de un hijo premuerto que no hubiera sido preterido, supuesto que debería solucionarse mediante la aplicación de una sustitución vulgar tácita si no se llegaba a demostrar que la intencionalidad del testador era otra, en cuyo caso se entraría en una preterición intencional evidente.

No obstante, el autor últimamente citado, reconocía que las distinciones propuestas encontraban la dificultad de diferenciar una preterición errónea de una intencional (220).

— Manresa, tras reconocer que con arreglo al contenido del artículo 814 del Código civil, sólo cabía considerar que en caso de preterición la anulación de la institución de herederos debía ser total, proponía como solución deseable en el terreno de los principios que se distinguiera según que el heredero omitido viviera y fuese conocida su existencia en el momento de otorgarse el testamento o bien que naciese después o se ignorase su existencia, debiéndose solucionar el

ción, que la misma presenta el principal inconveniente en saber qué parte de la institución de heredero hubiera ido al instituido aun cuando el testador no hubiese incurrido en preterición.

(219) VALLET DE GOYTISOLO: *Loc. cit.*, T. 1, Vol. 2, p. 932.

(220) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, T. 1, Vol. 2, pp. 943-944.

primer supuesto de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 851 del Código civil y el segundo con las del artículo 814 del mismo Código (221).

Pese a lo dicho había supuestos en los que, sin haber perdido los legitimarios su derecho a la legítima y, por ende, susceptibles en principio de resultar preteridos, se consideraba, en función de las especiales circunstancias concurrentes, que aun cuando los mismos no se encontrasen beneficiados en absoluto por título alguno no cabía dar entrada, al no admitirse la existencia de su preterición, a los rigurosos efectos derivados de la misma (222).

(221) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. 6, Vol. 1 (artículos 744 a 839), 8.^a ed., Madrid, 1973, pp. 652 y ss.

(222) MURGA GNER: *El arrendamiento rústico en la transmisión «mortis causa»*, Madrid, 1962, pp. 91-92, en las que, refiriéndose al supuesto en el que uno o más de los legitimarios no tuvieran la cualidad de cooperadores exigida en la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 1942 para los casos de arrendamientos protegidos, se afirma: «Sino porque para todos los efectos de esta sucesión excepcional (se refiere a la del derecho en el arrendamiento protegido) los no cooperadores, aunque fueran legitimarios, son auténticos extraños, pudiéndoseles negar, por tanto, la posibilidad de combatir la eficacia de ese testamento.

No se trata, pues, de que esté derogado el artículo 814, sino de que es imposible su aplicación, porque no ha habido tal preterición. Para que ésta exista, se requiere la posibilidad de suceder, y esos legitimarios no la tienen.»

Primeras Jornadas de Derecho civil Foral Navarro

Por M.^a ANGELES EGUSQUIZA BALMASEDA

Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad de La Laguna

En el pasado mes de diciembre de 1988, durante los días 15 y 16, tuvo lugar, en el incomparable marco del Parador Nacional de Olite, las primeras jornadas sobre Derecho civil Foral Navarro.

La cuidada organización corrió a cargo de los Departamentos de Derecho de la Universidad Pública de Navarra y de Presidencia e Interior del Gobierno Navarro, quienes no regatearon ningún esfuerzo en la empresa. En esta tarea contaron, además, con la estrecha colaboración de las Cajas de Ahorros de Navarra y Municipal de Pamplona, de los Colegios de Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y Abogados de Pamplona, Estella y Tafalla; así como, del Departamento de Derecho Foral de la Universidad de Navarra y la «Revista Jurídica de Navarra».

El tema elegido venía impuesto por las modificaciones legislativas que había experimentado, a mediados del año 1987, la Compilación Foral de Navarra, ante la necesaria adecuación de la normativa civil foral con la realidad constitucional vigente. El título genérico de estas primeras Jornadas fue, precisamente, «En torno a la reforma del Fuero Nuevo de 1 de abril de 1987».

La participación de juristas, de los más variados ámbitos territoriales y ocupacionales, fue muy nutrida (alrededor de 150). Las Jornadas se desarrollaron con un alto nivel científico.

La sesión de apertura estuvo a cargo del Profesor Doctor don Enrique Rubio Torrano, Catedrático de Derecho civil, y de don Aladino Colín Rodríguez, Consejero de la Presidencia e Interior del Gobierno de Navarra.

Intervino en primer lugar el Profesor Rubio, quien manifestó su satisfacción por la entusiasta acogida que se había dispensado a estas Jornadas, tanto por parte de los juristas navarros, como por los estudiosos del Derecho de otras Comunidades Autónomas (Madrid, Aragón, País Vasco, Cataluña, Castilla, Islas Baleares, Islas Canarias...). Hizo notar el interés que, en general, este tipo de reuniones científicas despiertan y, particularmente, la que en aquellos momentos daba comienzo, por el serio trabajo que se lleva a cabo. Puso, además, de relieve un dato conocido y en algunos casos olvidado: la riqueza que para un Estado conlleva la pluralidad de ordenamientos jurídico-civiles dentro de un marco general, el establecimiento con la Constitución de 1978. Destacó la necesidad de un mayor estudio y profundización de las instituciones civiles navarras, que identifican a un pueblo, cuyo conocimiento y análisis por parte de los prácticos y aman-

tes del Derecho posibilitarán, dijo, el afianzamiento de las mismas. Finalizó su intervención con el agradecimiento al Gobierno de Navarra y a las Instituciones Públicas que habían hecho realidad, con su entusiasmo y esfuerzo, aquel primer encuentro jurídico; al igual que a los ponentes y asistentes, en general, por su participación.

Seguidamente tomó la palabra don Aladino Colín, quien, en representación del Gobierno de Navarra, aludió a la importante competencia que el artículo 24 de la L.O.R.A.F.N.A. había atribuido al Gobierno navarro en la materia de defensa de la integridad del régimen foral y, en consecuencia, de las instituciones de Derecho público y privado. Fruto del citado mandato, señaló, fueron los trabajos que culminaron en la Ley de 1 de abril de 1987, a través de los cuales se intentó equipar, sin desfavorecimiento ni pérdida de la singularidad propia, los derechos de los navarros con los reconocidos constitucionalmente. El Consejero de la Presidencia señaló que se era consciente del carácter troncal que las leyes civiles navarras poseen en la configuración de la identidad del pueblo navarro. Este, dijo, es uno de los motivos por los que el Gobierno impulsó, por una parte, la elaboración de la citada Ley de 1 de abril de 1987, de especial importancia y significación por ser la primera plenamente navarra desde la desaparición de las Cortes, y, por otra, la organización de estas Jornadas, encaminadas a profundizar y dar a conocer los «*amejoramientos*» experimentados en la Compilación. Concluyó su intervención mostrando su alegría por la celebración de aquel encuentro, y alentando a los participantes a que interviniesen en los temas que iban a ser objeto de estudio.

Esa misma mañana tuvo lugar la exposición de la primera ponencia, «*Las fuentes del Derecho civil navarro en la nueva configuración del régimen foral*», desarrollada por el Profesor Doctor don Pedro de Pablo Contreras, Profesor Titular de Derecho civil y Asesor jurídico del Gobierno de Navarra. Su disertación se centró en el análisis del sistema general de fuentes del Derecho foral navarro, basado en la preeminencia de la norma escrita. Inserto en aquél, señaló, se reconoce un subsistema peculiar de fuentes limitado al campo del Derecho civil (Ley 2 del Fuero Nuevo), cuya defensa y protección fue atribuido potencialmente a Navarra por el artículo 48 de L.O.R.A.F.N.A. El ponente llamó la atención sobre este dato, ya que viene a producir un virtual cambio en la naturaleza última del Fuero Nuevo. Así, observó que frente al carácter estatal, paccionado e inmodificable unilateralmente, detentado por las normas contenidas en la Compilación Foral, la concesión de competencia exclusiva a Navarra, en esta materia de Derecho foral (artículo 48.2 de L.O.R.A.F.N.A.), ha supuesto la consagración del monopolio de estas cuestiones por parte de la propia Navarra.

En su exposición el Profesor de Pablo aludió al sistema de fuentes enunciado en la Ley 2 del Fuero Nuevo, en la que se reconoce a la costumbre como la primera fuente civil en Navarra; si bien, aclaró, su supremacía gravita únicamente sobre las leyes forales civiles y las normas estatales de carácter supletorio, en ningún caso sobre las normas que se dicten en materias de exclusiva competencia del Estado, ni las leyes de Registros e Instrumentos Públicos. El límite de la costumbre, dijo, radica en el orden público, concepto que quedó ejemplarmente acuñado en la Sentencia de 6 de abril de 1966, aun cuando la moral a la que ha de referirse, hoy en día, es la laica. Asimismo, destacó el importante papel que desempeña el orden público como frontera última del principio civil navarro

«paramiento fuero vienze», reflejo de la superioridad de la autonomía de la voluntad.

Después de un sucinto análisis de cada una de las fuentes civiles navarras, hizo referencia al valor de la tradición jurídica como fuente de integración del Derecho navarro. Finalizó su exposición, en esta misma línea temática, aludiendo a la dificultad de la aplicación analógica del Derecho supletorio al Derecho foral navarro.

Se suscitó un vivo debate a raíz del contenido que debiera atribuirse al concepto de orden público en el ordenamiento jurídico civil navarro. Las opiniones se polarizaron en una doble vertiente, por un lado, quienes mantenían que el término orden público tendría que estar integrado por los principios constitucionales, y, de otro, los que defendían la existencia de un concepto propio de orden público para el Derecho navarro, dimanante de la propia Compilación.

Cuestión muy interesante fue la planteada por el Profesor Delgado Echeverría, quien se preguntaba sobre lo que acontecería si en nombre de la democracia representativa el Parlamento de la Nación dictase una ley prohibiendo la consuetumbre. Tal acto entendía que bien pudiera hacer peligrar el peculiar sistema civil de fuentes en Navarra. Esta hipótesis se trató de refutar aduciendo la competencia exclusiva que, en esta materia, posee el Parlamento de Navarra, único capaz de alterar el sistema de fuentes.

Por la tarde, de nuevo, se volvió a reanudar las sesiones con la exposición de la segunda ponencia, concretada en dos trabajos, que presentaron el Profesor Doctor don Francisco de Asís Sancho Rebullida y el Profesor Doctor don Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano, sobre la materia de «Filiación y patria potestad en la Ley Foral de 1 de abril de 1987».

En primer lugar, intervino el Profesor Sancho Rebullida quien realizó un detallado relato de la situación y antecedentes legislativos desde 1973, pasando por los trabajos de la comisión que elaboró el anteproyecto de 1983 (de la que fue miembro), hasta la final aprobación de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril. Los aspectos que más destacó de este producto final fueron, por un lado, al respecto que, consideraba, se había guardado al fracasado proyecto de la anterior comisión en su parte técnica, y, por otro, la supresión que en el texto definitivo se efectuó de todo aquello que pudiera ser entendido como inconstitucional, lo que valoró como datos de la efectiva constitucionalización del primer anteproyecto. Consecuencia de lo dicho, según su criterio, es el acercamiento de la nueva regulación del Fuero Nuevo a las reformas que se experimentaron en el Código civil. El ponente consideró como una muestra de esta aproximación el reconocimiento de la patria potestad como función dual. Aunque recalcó la posibilidad de que por vía de pacto pudiera modificarse y atribuirse tal potestad a uno sólo de los progenitores. Puso de relieve, además, que en el texto de la ley no se ha establecido forma alguna para la validez de estas estipulaciones, a pesar de la enmienda propuesta en tal sentido por el grupo de «Unión de Pueblo Navarro». El Profesor Sancho Rebullida reconoció que se había asignado, por parte del legislador, un papel crucial a la vieja institución de los parientes mayores; quienes dirimirán, cuando sean requeridos por ambos progenitores, las controversias que surgan sobre el hijo, atribuyendo la potestad a uno de ellos en cada cuestión puntual. Señaló que, igualmente, los padres podrán, bien conjunta o individualmente, pedir al Juez que decida a quién corresponde la potestad, en caso de discrepancias

entre ambos sobre alguna materia atinente al hijo, si bien la elección de una de estas vías implica el cierre de la otra. Recordó que, sin embargo, se contemplan algunos supuestos en los que, ya no solamente el ejercicio, sino incluso la titularidad de la patria potestad, puede estar reservada únicamente a una de las partes.

Aportación relevante, dijo, en la nueva regulación de la Compilación Foral, es la imposición al hijo del deber de contribuir a los gastos mientras conviva con su familia, institución que se recoge tanto en el Código civil como en la Compilación aragonesa; y que a diferencia de estos textos confluye, en el Fuero Nuevo, con la institución del usufructo paterno, lo que considera el Profesor Sancho Rebullida como una redundancia. El ponente observó también la supresión que el legislador había efectuado de las segundas nupcias como causa de extinción de la patria potestad.

Tras una breve pausa se reanudaron las sesiones con la disertación del Profesor Bercovitz, quien, por cuestiones de tiempo y de materia tratada, se limitó a exponer en su análisis la regulación que la filiación y sus acciones, cotejándola con la del Código civil, había experimentado en la nueva redacción del Fuero Nuevo.

En relación a la filiación matrimonial destacó la mejor técnica que se había empleado, en esta materia en la Compilación respecto al Código civil. Aunque reconoció que la misma no estaba exenta de imprecisiones que podían generar, en algún caso, situaciones no deseadas. Así, observó que a la Ley 68.3 en relación con el artículo 118 del Código civil, se le había dotado de una excesiva amplitud, lo que podía ocasionar que concurriesen un número considerable de presunciones contradictorias de filiación matrimonial respecto a un mismo hijo.

Llamó la atención sobre el criterio que los reformadores habían seguido, en materia de filiación no matrimonial, al establecer una edad mínima (catorce años) para el ejercicio de la facultad de reconocimiento (Ley 50.2), contrariamente a lo postulado por un sector de la doctrina. Asimismo, destacó el total alejamiento de la regulación del Fuero Nuevo de las pautas del Código civil, al prescindir, para el reconocimiento de la filiación por parte de los incapaces, ya del consentimiento de su representante, ya de la necesaria aprobación judicial; aun cuando, admite, que se articula, para poder impugnar este reconocimiento, una acción judicial de espectro muy amplio.

Respecto al ejercicio de las acciones de filiación destacó, al referirse a la impugnación, la excesiva disparidad de trato que se concede, en la legitimación activa, según coincida o no la posesión de estado, a la impugnación de la maternidad frente a la de paternidad. Y aunque dijo que la regulación era prácticamente similar a la del Código civil, apuntó como diferencia relevante que en el Fuero Nuevo se limitaba la extensión de legitimación del hijo a sus herederos. También apreció el Profesor Bercovitz que, en el texto de la norma foral, se realiza una enumeración cerrada de los supuestos en los que cabe el ejercicio de la declaración de filiación no matrimonial, lo que determinará, a su modo de ver, la no admisión de la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba (Ley 70.1) de alguno de los hechos a los que se refiere la Ley 71 b).

A continuación, se le concedió la palabra al Profesor Doctor don Francisco Rivero Hernández, Catedrático de Derecho civil, quien a pesar de no figurar como ponente en el programa, dado su profundo conocimiento y especial predilección por el tema, nos participó de algunas de sus reflexiones e ideas, presentadas

a modo de comunicación a las jornadas bajo el título de «Elementos objetivos de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial». Alabó el carácter aperturista por el que se había decantado el legislador navarro a la hora de fijar las pruebas de determinación de la filiación, aunque también puso de relieve algunos puntos susceptibles de una regulación más audaz y acabada. Despertó la atención del auditorio con el relato de los nuevos avances científicos que van a permitir obtener una fiabilidad de casi un 99 por 100 en la determinación de la paternidad, ya no sólo de la negativa, sino también de la positiva.

El debate de esta ponencia se centró en la situación en la que quedaban los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; así como la conveniencia de dotar a estos últimos del «status filii» o del «status familiae». Otros temas objeto de discusión fueron el de la negativa de los progenitores al sometimiento de las pruebas biológicas y las repercusiones procesales que de ello se pueda seguir, así como la certeza que este tipo de técnicas posee actualmente.

La jornada del día 15 concluyó con un magnífico concierto ejecutado por la Coral San José de Pamplona, en la Iglesia de Santa María de Olite.

En la mañana del 16 de diciembre se celebró la exposición de la tercer ponencia referida a la materia de régimen económico matrimonial. Intervino, en primer lugar, el Profesor Doctor don José Luis Lacruz Berdejo, Catedrático de Derecho civil, quien realizó un exhaustivo bosquejo histórico sobre esta institución en Navarra. El dato más destacable de esta introducción histórica es el firme convencimiento del ponente de que en el Fuero General se establece como principio básico, la comunidad universal de bienes, celebrado matrimonio, siempre que haya descendencia y no medie separación de cuerpos y bienes entre los cónyuges. Criterio que con la práctica contraria y la adversa opinión de la doctrina, según él, terminó por quedar obsoleto, y, en consecuencia, no fue recogido por el Fuero Nuevo en su primera redacción.

Observa el Profesor Lacruz, igualmente, que la reforma experimentada en esta materia en la Compilación obedece a una idea fundamental: la igualdad de los cónyuges. Este espíritu, según él, está plasmado con total nitidez en la inalterabilidad de la capacidad de los cónyuges ante el cambio de estado civil por razón de matrimonio, y, en la plena autonomía de la voluntad que poseen los esposos para la realización entre sí de todo tipo de negocios jurídicos y pactos (Leyes 82 y 83). Aunque el ponente destaca que este espíritu parece ser desconocido al omitirse, incomprensiblemente, como una causa de disolución de la sociedad de gananciales el supuesto de la infracción del deber de informar de las gestiones económicas llevadas a cabo por cualquiera de los cónyuges.

Aspectos que consideró significativos de la nueva regulación de la Compilación son, por ejemplo, la protección que se presta, siguiendo la tradición histórica, a la unidad y continuidad de la casa; así como el pleno amparo que se otorga a los derechos patrimoniales de los hijos habidos en anteriores nupcias (Ley 77). También puso de relieve el Profesor Lacruz la aproximación que, según él, había experimentado el Fuero Nuevo al Código civil, en esta materia de la administración de los bienes de la sociedad de conquistas.

En segundo lugar, con relación a este mismo tema, el Profesor Doctor don Joaquín Rams Albesa, Catedrático de Derecho civil, analizó el ámbito que la actual Ley 54 despliega respecto a la potestad doméstica y el régimen de responsabilidad de las deudas contraídas conjunta o separadamente por los cónyuges. La

pauta sobre la que gira la nueva regulación entendía que era el principio de igualdad. Esta idea la realzó aún más con la contrastación que efectuó entre la regulación anterior del Fuero, de 1973, caracterizada por la preeminente posición del marido en la administración y representación de los bienes de la sociedad, y la normativa vigente.

En esa misma mañana tuvo lugar la exposición de la cuarta ponencia, a cargo del Profesor Doctor don Luis Díez Picazo y Ponce de León, Catedrático de Derecho civil, sobre la materia de sucesión «mortis causa» en la Ley Foral de 1 de abril de 1987.

En su disertación apuntó que, aun cuando las pretensiones de la reforma experimentada tendían a la adecuación de la normativa de la Compilación con los principios constitucionales, la nueva redacción había ido más allá resolviendo algunos problemas que la práctica había planteado.

Valoró positivamente la supresión efectuada de la prohibición de suceder de los hijos adulterinos; así como la derogación de llamado principio de «familia legítima». Estos dos puntos, consideraba, que eran de ineludible variación, en tanto en cuanto, como el Profesor Sancho Rebullida había manifestado por escrito en la obra «El Derecho navarro tras el mejoramiento del Fuero», chocaban frontalmente (Ley 62) con el artículo 39.2 de la Constitución. Principios, según insinuó, que quedaban desubicados ante el artículo 6 de L.O.R.A.F.N.A., en el que se señala que los navarros gozarán de los mismos derechos y libertades fundamentales que el resto de los españoles. Felicitó al legislador navarro por haber optado, conforme a una correcta interpretación del artículo 14 de la Constitución, por la atribución, a los hijos extramatrimoniales, ya no sólo del «status filii», sino también del «status familiae». Criticó como discriminatorio, sin embargo, la satisfacción en metálico que de sus derechos se establece para los hijos habidos en anterior matrimonio. A la vez que apreciaba como un acierto la supresión de la incapacidad de testar que gravitaba sobre los pródigos, y la inserción como causa de ineficacia del testamento de hermandad de la separación, nulidad y divorcio (Ley 201), por alteración de la situación negocial base. Para que pueda producirse este efecto se requerirá, sin embargo, según dijo, sentencia firme sobre tales situaciones; si bien, entiende, que queda limitada la ineficacia del testamento, únicamente, a las liberalidades concedidas entre los cónyuges y a las disposiciones realizadas por un cónyuge en favor del otro cuya causa devenga de la disposición anterior del otro cónyuge.

El ponente llamó la atención sobre la importante reforma que se contempla en la Ley 253, no recogida en el Código civil, en la que se establece que la determinación del usufructo de fidelidad se llevará a cabo por la ley personal del cónyuge premuerto, en vez de por la ley personal del marido. Puso de relieve, como una muestra de buen hacer del legislador foral, la detallada regulación que había experimentado las consecuencias que se siguen, según mediase separación de hecho o judicial, para el cónyuge suéstrite en el usufructo de fidelidad. Observó que en el texto de la Compilación se ha desterrado la obligación de dotar a las hijas y nietas. Y encomió la supresión que se había realizado de la reserva troncal; así como las modificaciones introducidas, que en materia de legítima foral permiten la institución conjunta sin que se origine preterición (Ley 271).

En la tarde del día 16 el Profesor Doctor don José Angel Torres Lana, Catedrático de Derecho civil, concluyó con su exposición la cuarta ponencia.

Destacó la ampliación que el ámbito sucesorio había experimentado al incluirse a los hijos no matrimoniales; novedad legislativa que dijo que como consecuencia inmediata originaba la extensión de los llamados a suceder (Ley 304.2, 3 y 4). Según el Profesor Torres, sin embargo, la filosofía sobre la que descansa la reforma de la sucesión, el vínculo paterno-filial, no había sido alterada por el legislador; las variaciones que el texto ha soportado son, en realidad, según él, fruto del distinto acceso que legalmente se estableció para la determinación de ese vínculo.

Además, observó el profundo impacto de la reforma sobre la materia de la legitimación, en la que hizo notar que el aumento del número de legitimarios, y la amenaza de las consecuencias de la preterición podía conllevar que esta institución quedase totalmente desvirtuada, lo que ha evitado el legislador a través de la legítima formal colectiva.

Le parece apropiado al ponente también, por los actuales dictados sociales, la inclusión como nueva causa de privación del usufructo de fidelidad el hecho de la convivencia marital del viudo con otra persona; que entendiéndose de aplicación, incluso, a los supuestos de relaciones entre homosexuales.

Sin embargo, criticó como innecesario e inapropiada la regulación del testamento de hermandad, por entender que el ordenamiento foral posee los recursos técnicos suficientes para obviar la situaciones que pudieran derivarse de la separación, divorcio o nulidad.

Entre las mejoras que, según el Profesor Torres, por razones técnicas se introdujeron en la Compilación, destacó: la de las Leyes 275 y 276, en materia de reserva troncal; la supresión de la dote necesaria, que pasa a ser voluntaria (Ley 120); la nueva regulación de la figura de contador-partidor dativo (Ley 344), y el orden de prelación sucesoria (Ley 304).

Señaló además que los principios inspiradores de la reforma giraban alrededor de estos temas: la libertad civil, la troncalidad y la familia legítima.

Tras una breve pausa se dio lugar al debate de las ponencias tercera y cuarta. Durante el mismo se plantearon distintas cuestiones. Se polemizó sobre la repercusión que la omisión del deber de realizar inventario, en la adquisición del usufructo de fidelidad, conforme a la Ley 257, pudiera conllevar en la vida práctica. Asimismo, se discutió sobre cuál fuera el tipo de legitimación, individual o solidaria, que la Ley 262 viene a exigir para la privación del usufructo. Se expuso los problemas que podrían suscitarse en caso de disolución del régimen matrimonial.

Las jornadas concluyeron con el solemne acto de clausura que tuvo lugar la noche del día 16 de diciembre en el salón del trono del Palacio de Navarra. En el mismo, tomó la palabra el Excelentísimo Señor Presidente del Gobierno de Navarra, don Gabriel Urralburu, quien tras agradecer el interés y trabajo desarrollado por los juristas participantes en las Jornadas, destacó la importancia que para Navarra había tenido la celebración de las mismas. Reconoció el carácter básico que el Derecho Foral navarro detenta en esta Comunidad, y, en consecuencia, la necesidad del mantenimiento de un equilibrio entre la tradición jurídica y el desarrollo normativo conforme a los nuevos tiempos. Alentó a la profundización y estudio de esta disciplina; anunciando, además, la firme voluntad de organizar el próximo año un nuevo congreso sobre Derecho público foral.

Seguidamente se ofreció a todos los asistentes una cena.

BIBLIOGRAFIA

Libros

DE LAS HERAS, Gustavo R.: «La consideración del cadáver en Derecho romano (su posible repercusión en la actualidad)», Ediciones Bomarzo, Albacete, 1987, 95 págs.

El profesor de Derecho romano Gustavo de las Heras, amigo y compañero en la Facultad de Derecho de Albacete, acaba de publicar un libro —«librito» más bien, por el número de páginas, aunque no por el contenido— interesante, entretenido y con todo el morbo que tiene el hablar continuamente sobre muertos cerca de noventa páginas. Parte en él de una afirmación, que no discuto pueda ser cierta, a saber: que la poca claridad con que en Derecho romano se operó en torno a la consideración jurídica del cadáver puede haberse proyectado, merced a la ausencia de *continuatio* doctrinal en los Derechos modernos, en la escasa atención y casi nula unanimidad doctrinal que en el presente existe sobre la cualidad jurídica del cuerpo del hombre muerto.

La obra no se reduce a un elaborado *jeu d'esprit* sin otra finalidad que alimentar la curiosidad (morbosa, como digo) del lector. Por el contrario, el autor parte de la constatación de problemas hoy existentes. Transplantes de órganos, técnicas de congelación («crioconservación» en el lenguaje de la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida), transporte y custodia de cadáveres, o el mismo hurto de cadáveres desde la perspectiva criminal. A lo largo de un repaso por la doctrina civil actual (Capítulo 1), De las Heras se enfrenta al tratamiento de una diversidad de cuestiones de derecho positivo.

¿Pertencería el cadáver al caudal hereditario del fallecido? Se trata de encontrar un terreno firme en el que poder justificar la posibilidad —real en la práctica— de que los herederos o parientes lleguen a tomar decisiones sobre el destino del cadáver (vgr. forma o lugar de enterramiento). Todavía quedaría saber si esta forma de decisiones se justifican *ex iure proprio* o por derecho hereditario. Piénsese en el régimen de las difamaciones *post mortem* en la Ley Orgánica 1/1982.

Se considera en este capítulo si el cadáver puede ser o no objeto de derechos. Las calificaciones como cosa o como cosa *extra commercium* desfilan con profusión en la consideración doctrinal. Queda planteada la posibilidad de un título autónomo, la *pietatis causa*, para atribuir a parientes (¿o herederos?) una suerte de derecho privado no patrimonial. La calificación jurídica como cosa no puede, por lo demás, llevar a resultados unitarios. Por ejemplo, el grado de «cosificación» del cadáver depositado en un museo permite hablar de hurto de cadáver, lo que acaso parezca impropio en otras circunstancias diversas.

Aunque por la fecha del libro el profesor De las Heras no ha podido tomar en consideración la Ley 35/1988, sí lo hace sobre la Ley 30/1979 (transplantes de órganos), normas ambas que sitúan la cuestión en un triple plano. En primer lugar, el reconocimiento de una facultad de tomar decisiones que afecten *post mortem* al destino del propio cuerpo o partes del mismo. Cómo explicar, por ejemplo, el «consentimiento» *mortis causa* del artículo 9.2 de la Ley 35/1988, para que puedan utilizarse el material reproductor del marido fallecido en la fecundación de su viuda durante seis meses posteriores al fallecimiento. En segundo lugar, la misma consideración jurídica que hayan de merecer estas «partes separadas» del cuerpo humano (órganos, semen), su tratamiento como cosa en el tráfico jurídico (vgr. permuta de órganos entre hospitales). Por último, la averiguación de la existencia o inexistencia de una legitimación familiar *pietatis causa* para desviar el destino de órganos impuesto por la ley o para «desconocer» (?) la voluntad del causante. Cuando no para decidir sobre este mismo destino en ausencia de manifestación del fallecido.

El Capítulo segundo afronta directamente el estudio de los textos de Derecho romano. Textos que son ciertamente escasos. Las fuentes del Digesto hablan de la «pervivencia» de la pena tras la muerte del deportado a una isla, o en el caso de crimen de *lesa majestad* (Dig. 48,4,11; 48,24,2). Al sepulcro se le aplica por asimilación el régimen del postlimio, dejando de ser *res religiosa* cuando es ocupado por el enemigo (Dig. 11,7,36; 47,12,4). Sobre injurias al cadáver se pronuncia el Dig. 47,10,1,14. En el *Codex* se prevé la práctica de tráfico de reliquias de mártires (1,2,3). En estos textos y otros concordantes, el autor pondrá de manifiesto que las reglas atinentes al cadáver se ciñen casi de modo exclusivo a extracciones del Derecho sacro y del régimen de policía pública.

Después de un detenido examen de la doctrina romanista, el profesor De las Heras se pronuncia por negar que, en las fuentes, el cadáver fuera considerado una *res extra commercium*. Pero tampoco habría una valoración económica del mismo ni un contenido patrimonial. Rechaza que pueda hablarse de una continuación de la personalidad más allá de la muerte, considerando meras imágenes los textos de Gayo y Cicerón que en abono de esta tesis pudieran aportarse. En una «excursión» deliciosa por las reglas de Derecho sacro, trayendo a colación los textos más hermosos que haya producido la lengua latina, De las Heras acabará distinguiendo dos fases: la fase de «cadáver» cuando el muerto no ha sido inhumado, y el cadáver enterrado. En este segundo caso, el «sepulcro», no el cuerpo, es el que impone su *vis* atractiva de *res religiosa*. Continúa el autor extendiéndose sobre el «destino natural» del cadáver y los pormenores de la *actio funeraria*, acción de reembolso para el cobro de los gastos de enterramiento.

A continuación el autor afronta el análisis de diversas instituciones clásicas donde pudiera pervivir una consideración «cosificada» del cadáver. En concreto, se detiene en el estudio de la *noxae deditio* (entrega noxal del esclavo muerto); del traslado de restos mortales; de la posibilidad de reconocer a los acreedores del fallecido la posibilidad de «trocear» el cadáver del deudor muerto, para evitar de esta forma su enterramiento, y pervivir, por tanto, como *res impura* (instituto conocido como *partes secanto*); los ataques e injuria al cadáver; la posibilidad de secuestrar el cadáver del deudor, para forzar al heredero a pagar, etc.

El libro acaba con unas conclusiones y opiniones sobre el momento actual, sosteniendo el autor la posibilidad de que el poder público esté legitimado para

disponer en última instancia sobre el cadáver en orden a su mejor destino (cuál sea este mejor destino es, con todo, algo que el autor deja en el aire).

Un índice de fuentes y autores completa la meritada obra. Libro éste nada lúgubre ni agorero, que el lector aficionado a curiosidades jurídicas y de otro estilo puede aprovechar con gusto. Que su destino no sea como el del cadáver: *redditur enim terrae corpus, et ita locatum ac situm quasi operimento matris obducitur* (Cicerón, De Leg. 2,22).

ANGEL CARRASCO PERERA

GOMEZ LAPLAZA, M.^a del Carmen: «La aparcería agrícola en la Ley de Arrendamientos Rústicos (fuentes y concepto legal), Editorial Tecnos, Colección Ciencias Jurídicas, Madrid, 1988.

Las notas con las que iniciamos esta recensión aspiran a poner de manifiesto el importante significado que tiene la monografía que comentamos dedicada a estudiar un sistema de explotación de la tierra, que no por añejo en su uso, deja de tener actualidad, y ello no tanto por la peculiar regulación que de la aparcería se hace en la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, sino porque la entrada de España en el Mercado Común Europeo impone una nueva visión armonizadora con lo que se ha venido a llamar Política Agraria común. Para ello, no se ha podido elegir mejor camino que el estudio atento y reflexivo de la figura tal y como aparece regulada en la actual legislación; analizando no sólo su configuración positiva, sino cuáles son los rasgos más destacados que de ella pueden predicarse en el momento presente; todo lo cual hace que al final de este trabajo quedemos convencidos de considerar a la aparcería no como esa «forma olvidada de agrupación agrícola», sino la figura jurídica apta para responder al reto que hoy tiene planteada la Agricultura.

Comienza la autora el estudio de las Fuentes de la Aparcería agrícola y para ello nada mejor que examinar su planteamiento en el Código civil, cuyo artículo 1.579 establece que «el arrendamiento por aparcería se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes y, en su defecto, por la costumbre de la tierra». Pocos preceptos del Código civil han resultado tan problemáticos o incidido tanto en la configuración jurídica de una figura como el que se acaba de exponer. Ya que tanto la naturaleza jurídica de la aparcería como sus propias fuentes resultan impregnadas de esa doble contradicción: ¿cómo es posible que después de calificar a la aparcería de arrendamiento no alude para nada a la aplicación de la normativa arrendaticia, sino a la del contrato de sociedad?, y además porque al utilizar la copulativa «y» enlaza con ella las normas del contrato de sociedad con las estipulaciones de las partes, colocando así a ambas fuentes de regulación en un mismo plano; posteriormente, para salvar esta contradicción señala la autora no ha sido suficiente ni la colocación sistemática del citado precepto, ni la pretendida reforma decenal del Código civil por Real Decreto de 14 de julio de 1905 que afectaría al mismo, ni tampoco el que la aparcería sea regulada con mayor o menor detalle en la legislación especial sobre arrendamientos rústicos. Termina este capítulo con un estudio profundo y exhaustivo del artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Rús-

ticos, comparándolo retrospectivamente con la legislación anterior y donde se aprecia ya la alta calidad científica de esta monografía; precepto, no obstante, preocupado más de la supletoriedad, que de establecer una gradación directa de las fuentes, aunque indirectamente se refiera a ellas: así, pacto expreso, la costumbre, llamada a cumplir una triple misión: como fuente supletoria de primer grado, como integradora de las insuficiencias de los propios pactos e, incluso, en ocasiones, interpretativa de los acuerdos de los particulares; las disposiciones del presente título y, con carácter supletorio, las normas sobre arrendamientos rústicos contenidas en la presente ley; incardinando las expresiones de «normas forales o de Derecho especial» en aquellas compilaciones con normas propias en materia de fuentes.

Divide el capítulo segundo, dedicado a la configuración jurídica de la aparcería, en dos grandes secciones, en las que se estudian separadamente las construcciones dogmáticas que la doctrina ha ido elaborando en torno a ella y las posiciones adoptadas en nuestro Derecho positivo anteriores a la Ley del 80, inclinándose nuestro legislador hacia aquella construcción, que mejor encaja para la aparcería tal y como está regulada.

En sede de construcción dogmática señala que se ha destacado por la doctrina en su configuración jurídica varias posiciones, siendo considerada al respecto, bien como un arrendamiento (Laurent, Megret, Rossi, García Royo y Cobacho) o bien como un contrato de sociedad (Bartolo, Bonello), o que, por el contrario, se trata de un contrato innominado (De los Mozos), atípico (Betti) o mixto (Aubry-Rau); también se ha acudido a los negocios parciarios (Irti, Gronie, Barassi y Breglia) o a los de tipo asociativo (Rossi, Carrara), postura que en nuestro Derecho recoge (Lucas Fernández); el adoptar una u otra postura al calificar este contrato no es una cuestión baladí, sino que está pergeñada de hondas repercusiones jurídicas; basta con citar alguna de ellas; así en materia de extinción o en tema de frutos.

La doctora Gómez Laplaza sigue un método diferente al buscar ahora la delimitación de la aparcería en la legislación especial que precedió a la vigente, para con ello tratar de perfilar qué construcción jurídica de las expuestas es la que se adapta más a nuestro Derecho. Comenzando por el estudio de los antecedentes legislativos que sirvieran de base a la Ley de 1935, especialmente la autora, centra su estudio en el encuadre que en ella tiene este contrato, ya que por primera vez en un texto legal aparece regulada con cierta extensión y a pesar de que la doctrina a la vista de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, comenzó hacer distinciones entre aparcería científica y vulgar o entre simple y múltiple, así como de la recepción, influidas sin duda por la doctrina italiana, del carácter asociativo de este contrato, con contundentes argumentos, se rechazan ambos predicamentos y se sostiene que la aparcería es solamente una (mera aportación de la tierra, por el cedente y reparto de frutos) y la atribución del calificativo de cultivador directo, sólo es una medida de protección del cedente que tenía su explicación en la Base 5.ª de la Ley de Bases para la Reforma Agraria de 1932 y en la Ley de Reforma Agraria de 1935.

Finaliza este capítulo con el estudio minucioso de todas aquellas Resoluciones en las que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de dictaminar en esta materia, pudiendo sistematizar su contenido en los siguientes puntos: 1.º) Reparto proporcional de los productos entre cedente y aparcerero, lo que unido a la idea del «alea»

que ello supone, sirve habitualmente de pauta para calificar a este contrato de aparcería; 2.º) conversión de la aparcería en arrendamiento; 3.º) mutua confianza entre las partes y deber de lealtad del aparcerero, y 4.º) en cambio ha sido vacilante cuando ha tenido que calificar la relación jurídica existente entre las partes, ya que junto a considerarla como forma o modalidad de arrendamiento, pasando por la de contrato *sui generis*, o bien de los denominados parciarios o en los que dominan la idea asociativa, ha llegado a su configuración como contrato mixto que no empece en nada a su naturaleza el hecho de que el cedente no intervenga en la normal explotación.

¿Se puede aventurar que ésta es la posición que acepta el legislador en su regulación actual, artículos 102, párrafo 1.º; 117, número 4; 119; 113, número 3, y 111 de la Ley de Arrendamientos Rústicos?

Al estudio de su contenido le dedica la última parte de la monografía, en la que tomando como centro el concepto legal de aparcería ofrecido por el artículo 102.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, el trabajo se desenvuelve en una doble dirección, pero con los mismos presupuestos metodológicos. Estudia cada uno de los calificativos que según el precepto citado tipifican a la aparcería, integrándoles no sólo con las normas de la Ley Arrendaticia y sus correspondientes antecedentes legislativos y doctrinales, sino con conceptos oriundos del más clásico Derecho civil, ya que no en vano la aparcería es una modalidad contractual por la que se cede temporalmente una finca rústica para su explotación agraria; y, por otra, con el fin de perfilar a la aparcería en toda su plenitud, logra una precisa diferenciación de figuras jurídicas con las que sin duda alguna presenta unos puntos de semejanza como son: arrendamiento parciario, artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, entre aparcería propia y relación laboral o aparcería impropia, artículos 102.2 y 108 de la Ley de Arrendamientos Rústicos; la misma técnica sigue para catalogar a esta figura y la llamada aparcería del «lugar acasado» del artículo 62 de la Compilación Gallega y la «masovería» del Derecho catalán. La finalidad de esta delimitación queda resumida con las palabras de la propia autora al decir que la «tarea del intérprete es la de lograr que las normas alcancen su sentido antes de recurrir al fácil camino de la deficiencia o del error del legislador». Lo que no cabe la menor duda es que ese fin queda plenamente cumplido en el presente trabajo. En este sentido ningún rescusio queda para ir más allá de donde ella llega.

En esta línea, clave, resulta la idea de que el objeto del contrato consiste en «la cesión temporal del uso y disfrute de una finca rústica para su explotación agraria»; esta expresión ha servido para precisar que la cesión ha de comprender tanto el uso como el disfrute, pues se pretende la consecución de un fin; que ante tal pronunciamiento ya no queda base para seguir sosteniendo que existan dos clases de aparcería: la simple y la múltiple; que aquello sobre lo que se cede ese uso y disfrute es tanto la totalidad de una finca rústica como de alguno de sus aprovechamientos, lo que la lleva a considerar o bien que pueden ejercitarse aparcerías simultáneas o bien coexistir éstas y arrendamientos rústicos, artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Teniendo en cuenta la atracción que se manifiesta en la ley hacia la aparcería, artículos 102, 103 y 110 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, se plantea la autora el siempre complicado problema de si la es aplicable cuando falta su regulación, la normativa propia dictada para los arrendamientos en la Ley de Arrendamientos Rústicos. La respuesta debe ser

en este punto positiva, criterio que resulta corroborado por la Sentencia de 25 de marzo de 1987.

En cuanto al titular o cedente y a falta de unos preceptos que vengan a regular su capacidad como hacen los artículos 12 y 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos en sede de arrendamiento, las cuestiones que plantea este presupuesto pueden ser así enunciadas: caso de ser varios los titulares se exigirá para dar en aparcería la anuencia de todos ellos o bastará el acuerdo por mayoría, cuestión que nos traslada a la de si «el dar» en aparcería supone un acto de administración o bien de disposición; el adoptar esta segunda calificación puede resultar avalada por la aplicación del artículo 12, vía art. 106, y por la opción que el artículo 119, números 3 y 4, de la Ley de Arrendamientos Rústicos le concede al aparcerero por la opción. Igual temática se traslada al caso de extinción: ¿uno de los comuneros, puede ejercitar demanda de deshaucio contra el aparcerero? Tampoco se alude en la Ley a la legitimación para «ceder» en aparcería que tienen los titulares de Derechos reales ni de Derechos personales, como podría ser el arrendatario de una finca rústica, que la cediese en aparcería. ¿Se podría encontrar este supuesto dentro de la sanción del artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Rústicos?, ni cuál es la duración de los mismos, una vez resuelto el derecho del cedente... (Sentencia de 3 de mayo de 1988).

Problemas peculiares plantea igualmente la posibilidad de que los padres o tutores puedan o no ceder en aparcería las fincas de los menores sujetos a patria potestad o tutela; teniendo en cuenta la reforma que en materia de tutela se produce por la Ley 1983, la autora, separándose de la opinión mantenida por algunos autores y sin necesidad de eludir la aplicación del artículo 272.4 del Código civil en base a la idea de que los arrendamientos a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos no son especiales, sino sometidos al Código civil, matiza distinguiendo entre aparcerías sometidas al párrafo 2 del artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (menores) y las demás, para los cuales estima aplicable el artículo 272.4 del Código civil; termina estudiando la capacidad para ser cedentes tanto en los supuestos de concurso como en los de administración de los abintestato. ¿Qué razones tiene el legislador para seguir manteniendo el calificativo de cultivador directo en el cedente? Al igual que ya he tenido ocasión de manifestarme y convencida de lo que en las páginas de esta monografía se dice, abogo por su supresión ante la inutilidad del tal requisito teniendo en cuenta su ausencia de consecuencias jurídicas.

Como punto final de este capítulo, tanto la aportación mínima exigida, «como» las proporciones en el reparto de los productos, «elementos que *a priori* sirven para calificar a la cesión del uso y disfrute de una finca agrícola como aparcería, son desmitificados por la doctora Gómez Laplaza en el sentido de que aunque reconoce su importancia, artículos 107 y 108, números 1 y 2, de la Ley de Arrendamientos Rústicos, señala que en lo que realmente debe participar el cedente es en los gastos necesarios para obtener el rendimiento que el fondo es susceptible de producir. Igual sucede con lo dispuesto en materia de reparto de los productos, artículo 115 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, la ausencia de la fijación de la proporcionalidad no da lugar ni a nulidad del contrato ni a la de la cláusula que la establece mal, sino sólo a su revisión y ello porque actúan las dos previsiones contenidas en el artículo 107 de la Ley de Arrendamientos

mientos Rústicos: a través de lo dispuesto con carácter de presunción número 2, o bien con carácter supletorio en el número 3.

En el último capítulo se centra la autora en el estudio de la configuración de aquel elemento cualificador del contrato de aparcería agrícola cual es el reparto de frutos o productos entre cedente y aparcero. Si bien la redacción actual del artículo 113.3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos ha introducido alguna claridad en el tema de la pertenencia de los frutos desde su separación, sin embargo, sigue sin resolver cuestión tan importante como es la determinación de la propiedad de los llamados frutos pendientes. No hay duda de que el tema del comienzo de la comunidad sobre los productos entre cedente y aparcero podría pensarse que no alcanza mayor interés si no fuera porque de él pueden depender las facultades de disposición que sobre los frutos pendientes o incluso sobre los no aparentes, tengan cada una de las partes y sus respectivos acreedores. Intentando encontrar una solución al tema enunciado pasa a exponer a continuación las construcciones teóricas elaboradas por la doctrina que pueden servir como hipótesis de las que poder partir para llegar a la deseada conclusión; así, para unos, la adquisición de la propiedad de los frutos por el aparcero desde que se alzan o separan tenía su apoyo en el anterior artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, pasando desde su patrimonio al del cedente mediante su entrega. En el momento anterior, cuando ya están manifiestos o nacidos según el artículo 357 del Código civil, pertenecen al propietario como consecuencia de su propiedad sobre el fundo. Otros, resuelven en comunidad la pertenencia de los frutos desde su separación hasta el momento de la partición, pero queda por aclarar a quién pertenecen esos productos antes de la separación. Pues bien, éstos son del propietario, ya que al formar parte de la cosa-madre, tanto por el artículo 354 del Código civil como porque reciben la calificación de bienes inmuebles a tenor del artículo 334.2 del Código civil le pertenecen, encontrando en ello justificación, la posibilidad de que el cedente pueda realizar actos dispositivos así como que los acreedores puedan dirigirse contra ellos por formar parte del patrimonio del deudor. Para otro sector y partiendo de que el cedente ha cedido el uso de la cosa madre al aparcero en virtud de la relación obligatoria existente entre ambos, no hay la menor duda de que los frutos pertenecen a la persona que en cada momento ostente el *ius fruendi*. Esta postura sostenida por Barcelloña conduce a negar que la adquisición de frutos pueda explicarse en base al derecho que tiene el propietario sobre la cosa madre, recurriendo a la ficción, como la de considerar una *ficta traditio*, lo que hace el propietario en el momento de la separación. Postura que se diferencia de las anteriores en que el aparcero podría disponer o realizar negocios tipo *emptio rei speratae* desde que los frutos están manifiestos o nacidos. Por último, también se ha sostenido que existe una comunidad desde el nacimiento de los frutos, porque el aparcero en base al propio contrato de aparcería goza, junto al propietario, del uso y disfrute de la finca. ¿Pero cómo explicar ese común disfrute si el aparcero por virtud del contrato de aparcería sólo se le ha cedido temporalmente ese uso y disfrute?

El legislador resuelve claramente en sede de comunidad el problema de la pertenencia de los frutos desde su separación hasta el momento en que cesa esa comunidad que, siendo puramente incidental y transitoria, coincide aquél con el de la liquidación y adjudicación, pero se mantiene en pie la cuestión de la propiedad de los frutos no separados. ¿Son éstos del propietario, del aparcero o de

ambos en común? Desecha la autora aquellas construcciones que han querido encontrar una solución tomando como base la naturaleza jurídica que previamente sostienen acerca de la aparcería en su doble configuración de arrendamiento o contrato de tipo asociativo e intentando resolver este arduo problema, aporta la siguiente conclusión: sobre los frutos, cosa jurídicamente autónoma, no hay propiedad ni por parte del cedente ni del aparcerero, sino cuando se produce la separación y en ese momento la copropiedad nace para ambos al mismo tiempo (Barassi); con anterioridad a ello, el aparcerero no tiene la propiedad de los mismos, pero no tanto porque no sea capaz de adquirirlos, sino porque el objeto del derecho aun no tiene existencia autónoma ya que el hecho jurídico por virtud del cual los frutos adquieren su consideración de tales no se ha producido; en este sentido si el objeto falta, faltaría también para el propietario, que, por tanto, no tiene sobre ellos ningún derecho autónomo y actual; pero al ser propietario del fundo, y puesto que *fructus ad huc pendentes pars fundi viduntur*, artículo 334.2, su propiedad se extiende a los frutos pendientes. Propiedad que la califica como de vinculada, ya que se encuentra limitada según su opinión por los mismos fines contractuales y por la necesidad de proteger las expectativas del aparcerero, de ahí que se haya hablado en estos supuestos también de «una propiedad condicionada» (Breglia). Y este hecho hace que aquella propiedad del cedente quede matizada en el sentido de limitar sus actos de disposición sobre los frutos pendientes que en caso de que pudiera enajenar se trataría de una venta de cosa futura, la cual no tendría efectividad hasta que el fruto se separase de la planta, y como es precisamente a partir de ese momento cuando nace la copropiedad, se estaría en presencia de un acto de disposición de cosa en parte ajena, cuya mejor salvaguardia la tendrá en las medidas que a tal efecto se contienen en el párrafo 4 del mencionado artículo 113 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y en lo dispuesto *in fine* en el artículo 399 del Código civil.

Ahora bien, nacida la comunidad de frutos y ante la posibilidad de retirada de éstos por una de las partes contratantes previo pacto a tal respecto, el tema de la relación de confianza y lealtad del aparcerero como notas que se manifiestan en este contrato emergen con toda su fuerza en este momento de la vida del contrato, ya que en la Ley de Arrendamientos Rústicos no se regulan, por citar algunos, temas como pueden ser el de la participación del cedente en la recolección de los productos o el de fijar el lugar de realización de la partición de frutos, operaciones todas ellas abocadas a la división y consiguiente adjudicación mediante la entrega de un porcentaje proporcional a sus respectivas aportaciones, y aunque el legislador parece partir de la idea de que lo que se reparte son productos *in natura*, así artículos 102.1, 107 y 108.3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, sin embargo, a falta de precepto expreso no se excluye que la entrega sea en numerario, tanto porque los frutos no sean susceptibles de división sin desmerecerse o porque las partes hayan pactado que la operación aritmética a realizar pueda recaer sobre una cantidad en metálico sin que por ello desmerezca su calificación, siendo en este momento donde debe traerse a colación el tema de los anticipos hechos al aparcerero por el cedente y que como señala la autora es un reflejo más del claro carácter tuitivo de la regulación hacia la persona del aparcerero.

La monografía ofrece sin duda una de las más ricas elaboraciones realizadas sobre un tema en el que el Derecho agrario sólo aporta su denominación. Fruto

de un gran esfuerzo intelectual, está escrita con un rigor lingüístico difícilmente superable; su meta se centra en buscar soluciones sólidamente fundadas en especial para aquellas cuestiones que *a priori* no encuentran encaje dentro de su regulación normativa.

Para ello no oculta posturas ni argumentos contrarios, sino que combatiéndolos se decide por aquello que considera más adecuado con la figura jurídica en estudio. Se puede decir sin temor a equivocarnos que lo ha logrado plenamente.

TEODORA F. TORRES
Catedrática de Derecho civil

INTERNATIONALES INSTITUT FÜR RECHTS- UND VERWALTUNGSSPRACHE: «Das Recht des öffentlichen Dienstes» - «Public Service Law», Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, Carl Heymanns Verlag K.G., un volumen de 163 páginas.

El «Instituto Internacional para el Lenguaje Jurídico y de la Administración» de Berlín, viene realizando una labor muy meritoria científicamente dentro del Derecho comparado e internacional, al mismo tiempo que de una gran utilidad práctica, ya que con sus comisiones de estudio viene ofreciendo una serie de manuales, que ya alcanzan la treintena, los cuales, no sólo son meros vocabularios bilingües o diccionarios, sino compendios informativos para ámbitos concretos del Derecho público y privado de dos países cuyas instituciones o servicios necesitan de sus peculiares nociones y cuya comparación puede ser igual, similar o distinta, por lo que su conocimiento y traducción presenta una varia gama de matices y puntualizaciones, tanto para los especialistas como para quienes visitan o deben actuar en las relaciones internacionales.

El manual presente trata de la normativa sobre los servicios públicos en la República Federal de Alemania y en la Gran Bretaña, y fue realizada por una comisión de trabajo compuesta por los especialistas Klaus-Michael von Keussler, Martín Alexander Shaw, Wolf R. Thiel y John Woosnam.

La obra comienza —a doble página en los idiomas alemán e inglés—, con unas advertencias acerca de su uso y equivalencias. Le siguen las bibliografías para ambos países de sus ámbitos legales, jurisprudenciales y doctrinales, además de un apartado para las abreviaturas utilizadas.

La segunda parte de la obra la componen los dos estudios especializados —siempre a doble página en ambos idiomas— sobre «El Derecho de los servicios públicos en la República Federal Alemana» y «El Derecho de los servicios públicos en Gran Bretaña», que abarcan la mayor parte de la obra con la exposición de sus aspectos particulares y sectoriales.

La tercera parte está dedicada a la exposición del vocabulario a doble columna sobre los conceptos y los términos que se utilizan en el ámbito de los servicios públicos, señalándose las igualdades de contenido, sus equivalencias en más o en menos, sus discrepancias dentro del ordenamiento y la organización administrativa.

Dado que esta parte no se realiza alfabéticamente, sino por ámbitos de funciones o servicios, se añade al final de la obra dos índices alfabéticos, uno en alemán

y otro en inglés, para facilitar así a quienes estén menos informados y se logre una rápida búsqueda de la materia pretendida.

Por toda la múltiple labor realizada, estos manuales son de un gran valor científico a la vez que práctico.

JOSÉ BONET CORREA

IZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general», Editorial Reus, Madrid, 1989.

Conocí al profesor Izquierdo como miembro del tribunal ante el que ganó la plaza de profesor titular de Derecho civil. Como a cualquier juzgador, me resulta grato comprobar que el juicio que entonces emití sobre el profesor Izquierdo se ve refrendado por su obra posterior y, en particular, por la reelaboración de su tesis doctoral que se presenta en este libro.

La primera y relevante característica de esta obra (y de las demás publicaciones del autor: *La responsabilidad civil, por los daños producidos en el ejercicio del derecho de reunión*, en «R.G.L.J.», 1983, págs. 121; *Responsabilidad civil y guarda legal*, en «Documentación Jurídica», 1984, núm. 41, págs. 77 y ss., entre otras) reside en la claridad, casi transparencia, del lenguaje que sirve de vehículo de sus ideas. Aparecen éstas centradas, cómodamente dichas para el lector, que no debe luchar con las palabras para desentrañar un (¿premeditadamente?) oculto pensamiento del autor, y, en fin, reflejadas con cuidadoso, al tiempo que expresivo, uso de la semántica (como botón de muestra, véase núm. 45 en pág. 78, sobre el significado de «quincenal»).

Pese a abordar un tema de candente actualidad como el de la responsabilidad civil profesional, resiste Izquierdo la tentación de ofrecer una mera visión fenomenológica, disgregadora y episódica de la emersión de una de las «nuevas culpas civiles», para apostar, en cambio, por la búsqueda de las raíces y el engarce en la trama común de la responsabilidad civil. La directriz unificadora, de persecución de comunes denominadores, que orienta toda la obra, se manifiesta en un doble aspecto: preconizando la superación de diferencias de régimen no justificadas y perturbadoras en la práctica (responsabilidad contractual y extracontractual, responsabilidad civil propiamente dicha y civil derivada de delito...) y deduciendo, más allá de las diferencias existentes, un régimen común aplicable a todo profesional liberal.

La primera parte de la obra se ocupa de la descripción del tipo «profesional liberal» y del examen de distintos subtipos o subregímenes: el profesional dependiente, el profesional contratado por la Administración, el profesional que ejerce una función pública, la actividad profesional en grupo...

En la segunda parte del libro, el autor estudia el régimen común de la responsabilidad civil del profesional liberal, para cuya formación opta por el tratamiento contractual de la responsabilidad, a partir del cual traza una distinción básica según que del contrato se deriven obligaciones de medios u obligaciones de resultado. Termina la obra con una amplia referencia a los mecanismos de reparación del daño y al seguro de responsabilidad civil profesional.

De la presentación, sistemática y, en general, forma del libro sólo cabe ha-

blar elogiosamente. Tanto es así que ya he adelantado y, con ello, destacado las virtudes del estilo. El sistema de citas cumple con las reglas tradicionales de ser uniformes y permitir la localización de las obras mencionadas.

La información que ofrece la obra sobre los pormenores de la responsabilidad civil del profesional liberal es suficientemente completa —en doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado— y resulta interesante tanto para el práctico como para el jurista teórico. Se facilita material de primera mano, no siempre fácil de conseguir, sobre la doctrina sudamericana y, en especial, sobre el proyecto argentino de unificación de la legislación civil y comercial.

Sin embargo, el libro no es mera recopilación de datos y opiniones ajenas. En él se vierten los criterios personales y originales del autor, a quien hay que reconocer, sólo por ello, el mérito de asumir responsablemente el consiguiente riesgo. Así, siempre con argumentos suficientes, defiende Izquierdo: la responsabilidad del empresario *ex* 1.903.4 por los daños causados por el profesional contratado (págs. 67 y ss.), la contractualidad de la responsabilidad profesional sobre la base de los artículos 1.282 y 1.258 del Código civil (págs. 136 y ss.), la inaplicabilidad de la mora a la responsabilidad civil (pág. 204), la coincidencia entre caso fortuito y no culpa en las obligaciones de actividad (pág. 293, núm. 79), etc.

Destaca en la obra el tratamiento otorgado a la distinción entre obligaciones de resultado y obligaciones de medio. El manejo de esta clasificación, que tiende a convertirse en los últimos tiempos en *summa divisio* del Derecho de Obligaciones, debe ser, en mi opinión, extremadamente prudente, pues, so pretexto de su innegable valor ilustrativo y pedagógico, corre el riesgo de convertirse en un concepto abstracto intermedio o interpuesto, un automatismo lógico que oculta más que enseña, que difumina la variedad de intereses en conflicto y los matices con que los mismos se pueden resolver. Empleada de forma dogmática e inflexible, esta distinción puede convertirse en instrumento de la jurisprudencia de conceptos, en perjuicio del espíritu y finalidad de la regla jurídica a aplicar, que además no es siempre al misma, pues el conflicto puede recaer sobre cuestiones tan diversas como la carga probatoria, el riesgo contractual (*periculum obligationis*) —en qué casos un contratante permanecerá obligado pese a haberse extinguido fortuitamente el deber de contraprestación— o la responsabilidad contractual (*periculum rei*) —en qué casos un contratante deberá indemnizar al otro las consecuencias dañosas de la falta de cumplimiento—. Por ello, aplaudo la postura del autor en materia de carga probatoria, pues, sin conformarse con las soluciones que se derivarían de una aplicación rígida de la mencionada distinción, estudia con detalle los variados correctivos judiciales y se preocupa, más allá de dogmatismos, de encontrar un punto de equilibrio.

En definitiva, se trata de un libro bien hecho, interesante y sugerente, por el que debe felicitarse al autor y al director de la tesis y prologuista profesor Ferrandis.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «Compendio de Derecho civil. III. Derechos reales e hipotecario», 2.^a edición, revisada y puesta al día, Madrid, 1988, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, un volumen de 445 páginas.

Nuestro ilustre civilista, con su magistral compendio, consigue una obra altamente pedagógica y óptimamente ajustada y actualizada en sus planos legislativo, jurisprudencial y doctrinal, además de adecuarla a los programas vigentes de oposiciones para ingreso en el Centro de Estudios Judiciales.

Ahora, el tercer tomo, dedicado a los derechos reales e hipotecario, alcanza su segunda edición, cuidándose en su clásica exposición de las figuras e instituciones, distribuyéndose en diecisiete lecciones. Así, dentro de la primera, el autor destaca tres aspectos: el concepto y naturaleza de los derechos reales, sus elementos y categorías, sus distintas concepciones y su regulación en el Derecho positivo español.

En la segunda lección se aborda la concepción de la posesión, su fundamento y función, las teorías posesorias, su regulación legal, el examen e interpretación del artículo 464 del Código civil, para concluir con la protección posesoria.

El derecho de propiedad, tan importante, es objeto de seis lecciones —desde la tercera a la octava— donde se va abordando su concepto, caracteres, contenido, protección, así como su función social, en la tercera, y las limitaciones a este derecho (institucionales de interés privado y de interés público), su contenido según la legislación urbanística y el tratamiento tributario, en la cuarta. La lección quinta expone los sistemas de adquisición del dominio (artículo 609 del Código civil) como los modos originarios, la ocupación (productos y objetos del mar y sus riberas, cosas muebles en general, hallazgo, animales salvajes y mansos e inmuebles), el análisis de la teoría del título y el modo y la accesión. Con la sexta lección se analiza la usucapación como efecto de la posesión para adquirir el dominio, su fundamento y clases, la usucapación en el Código civil y en las Compilaciones forales. La lección séptima trata su característica socialmente más importante, la comunidad de bienes y derechos en sus modalidades de copropiedad y multipropiedad. Con la octava, se aborda la propiedad horizontal (elementos privativos y comunes, la cuota de participación y la administración) y las propiedades especiales (aguas, minas, propiedad industrial e intelectual).

La lección novena se plantea el derecho de usufructo, sus clases, constitución, contenido y extinción, así como los derechos de uso y habitación. En la décima se comprenden las servidumbres, sus clases, su modo de constitución, contenido y extinción, con particular atención a las servidumbres personales y las legales.

Los censos, el derecho de superficie y un anexo a las tres lecciones anteriores sobre el Derecho foral de usufructo, servidumbre y censos componen la lección once. La doce recoge los retractos legales y el derecho de opción, exponiéndose sus concepciones como precontrato y como derecho real, sus efectos y caducidad.

Los derechos reales de garantía se agrupan en dos lecciones: en la trece se exponen la prenda, la hipoteca inmobiliaria, sus clases, objeto, extensión, efectos y extinción; en la catorce se aborda la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de la posesión, así como la anticresis.

Las tres últimas lecciones tratan el Derecho inmobiliario registral y el Derecho hipotecario, destacándose para la quince los principios hipotecarios en el Derecho

español, los títulos y actos inscribibles en el Registro de la Propiedad y la titulación ordinaria y supletoria. En la dieciséis se analiza la fe pública registral, el tercero hipotecario y los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Por último, en la diecisiete examina minuciosamente la anotación preventiva y su cancelación.

JOSÉ BONET CORREA

PEREZ DE CASTRO, Nazareth: «El menor emancipado», Tecnos, Madrid, 1988.

Este interesante y ponderado estudio sobre la emancipación se inicia con una pregunta que, tanto su autora como el prologuista de la monografía, el Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, don Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, se plantean muy adecuadamente: ¿tiene sentido la emancipación hoy en día, fuera de los casos de emancipación por matrimonio? La autora nos ofrece una argumentación convincente. Si el menor puede (y de hecho lo hace, como se deduce de las estadísticas que aporta en el capítulo 1), a partir de cierta edad, casarse, contratar su trabajo y responder penalmente, debe seguirse el criterio de que, a mayor responsabilidad, mayor libertad. Quizá, por tanto, lo que debíamos plantearnos no es la pervivencia del instituto de la emancipación, sino si debemos cargar a nuestros jóvenes, a edades tan tempranas, con tan grandes responsabilidades. Especialmente por lo que se refiere a la emancipación por matrimonio que, cuando se produce antes de la mayoría de edad, suele ser consecuencia del antecedente embarazo de la mujer; es decir más de la madurez física que de la psíquica. Por lo que no cumple la función fundamental de la emancipación, que debería ser adecuar la capacidad de obrar al grado de madurez real del menor.

En el capítulo 2 la Profesora Pérez de Castro realiza una breve, pero sustanciosa, introducción histórica, completada, a lo largo del libro, con el estudio de la evolución histórica de los concretos temas que trata. A continuación, contempla los diferentes tipos de emancipación y sus requisitos, así como los problemas referentes al menor de vida independiente, que exigen una mención aparte.

El tema del menor de vida independiente presenta algunas singularidades derivadas, de una parte, de la posible revocación del consentimiento de los padres, y, de otra, de la falta de formalidades de la situación. Estima la Profesora Pérez de Castro que ello es debido a que no nos encontramos ante un supuesto de extinción de la patria potestad, así como a que la vida independiente no constituye un estado civil de la persona. Se trata —nos dice— de un supuesto de suspensión de las funciones inherentes a la patria potestad por voluntad de sus titulares. La norma no afirma que el menor esté emancipado, sino que se le reputa emancipado. Parece referirse, por tanto, a que no se trata de una persona que tenga tal condición, sino a una equiparación.

Termina el capítulo 2 con la enumeración de los efectos generales de la emancipación.

El capítulo 3 se refiere al Derecho foral, tanto desde el punto de vista histórico, como del de su regulación actual. Resulta imposible reflejar aquí la amplitud con la que se trata el tema, pero es preciso subrayar el detalle y cuidado que

se dedica a un apartado que los juristas de Derecho común, por lo general, solemos realizar muy someramente.

El capítulo 4 se refiere a la esfera personal del menor emancipado. La sección primera abarca lo relativo a la nacionalidad, vecindad civil y domicilio del mismo. La sección segunda contempla los derechos de la personalidad, cuyo tratamiento reseñamos a continuación.

Por lo que respecta a la vida y a la integridad física, entiende la autora que el menor emancipado puede realizar, sin el consentimiento de los padres, los mismos actos que un menor no emancipado puede llevar a cabo con el consentimiento de los mismos. Se apoya fundamentalmente en el artículo 162 del Código civil, pues si éste reconoce al menor de edad capacidad para realizar actos relativos a los derechos de la personalidad, con mayor razón la tendrá un emancipado, ya que tiene una capacidad semejante a la del mayor de edad. Por otra parte, debe suponerse que el menor emancipado tiene las suficientes condiciones de madurez, pues, de lo contrario, no se le habría emancipado.

A la misma conclusión llega la Profesora Pérez de Castro respecto al consentimiento para las intervenciones quirúrgicas. Se apoya, además, en el artículo 1.263, número 1, del Código civil, que permite al emancipado prestar el consentimiento para contratar, siendo, por tanto, éste, quien en definitiva consiente en la intervención a través del contrato de arrendamiento de servicios.

En cuanto al trasplante de órganos, estima que, a pesar de la dicción literal del artículo 4, apartados a) y b) de la Ley 30/1979, que exige la mayoría de edad, cabe deducir del espíritu general de la misma que el emancipado puede prestar el consentimiento para ello.

Se afirma, sin duda, el goce por los menores emancipados de las libertades religiosa y de enseñanza. No así respecto del derecho a participar en los asuntos públicos, que se predica solamente respecto de los mayores de edad.

Por lo que se refiere a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, entiende la Profesora Pérez de Castro que el menor emancipado está legitimado, sin duda, para ser actor en cualquiera de los procedimientos que protegen estos derechos. Igualmente entiende que puede permitir las intromisiones ilegítimas en el ámbito del propio derecho protegido, dado que están configurados como derechos de la personalidad y se presupone que cumple con el requisito de *madurez necesaria* exigido por la Ley: en otro caso, sería absurdo haberle emancipado. Además, la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 se remite, en tema de capacidad para consentir, a la legislación civil, y según el artículo 1.263.1, la tienen. Por último, tampoco tendría sentido que pudieran actuar por sí mismos, en estos casos, los menores que tengan suficiente juicio, y que no pudieran, en cambio, hacerlo los emancipados, ya que éstos tienen una capacidad de obrar mayor que los menores.

Los emancipados pueden ejercer también los actos relativos al derecho al nombre; tanto imponiendo a sus hijos el nombre que crean conveniente, como cambiando su propio nombre. En cuanto al cambio de apellidos, a pesar de que el artículo 55 de la Ley de Registro Civil se refiere a la mayoría de edad, piensa que puede hacerlo el menor emancipado, haciendo referencia a la Circular de la Dirección General del Registro Notarial de 2 de junio de 1981, que indica que el régimen de la inversión de apellidos es el previsto para los supuestos contemplados en el artículo 198 del Reglamento del Registro Civil. Norma que esta-

blece que ello podrá formalizarse *por el hijo, o su representante legal*. Y el emancipado carece de representante legal. Por otra parte, los artículos 217 del Reglamento del Registro Civil y 61 de la Ley de Registro Civil afirman que el cambio de apellidos (por los padres) no afectará a quienes no estén sujetos a la patria potestad. Si al emancipado no le afecta este cambio, salvo que expresamente lo consienta, no se ve razón para no poder realizarlo *motu proprio*.

Con una breve referencia a la normativa que rige la caza, y la admisión de los menores emancipados en salas de fiestas y lugares similares, termina este capítulo.

El capítulo 5 contempla la esfera familiar del menor emancipado, y se inicia, adecuadamente, con el estudio de la edad a partir de la cual se podrá contraer matrimonio, accediendo, por tanto, a la emancipación. Pasando luego a contemplar las capitulaciones matrimoniales y los sistemas que puede pactar el menor. Partiendo de la base de que el artículo 1.329 del Código civil no se refiere al menor emancipado, sino al menor que puede contraer matrimonio con dispensa, entiende la autora que si el emancipado tiene capacidad para casarse, al igual que el mayor de edad, también la tendrá para estipular capitulaciones matrimoniales, porque éstas vienen a ser algo accesorio respecto a lo principal, que es el matrimonio. Por otra parte —aduce—, en el artículo 323 se le equipara al mayor de edad, en el 46.1 se le reconoce capacidad para contraer matrimonio y en el 1.263.1 se dice que puede prestar consentimiento válido. Le parece innecesario, en consecuencia, un nuevo precepto que diga que puede estipular capitulaciones.

Falta aquí, sin embargo, una referencia a un supuesto que, si bien puede ser de laboratorio, no hay que descartar. Si, conforme al artículo 1.329, el menor de que se trata es un menor que contrae matrimonio con dispensa, no hay que olvidar que este precepto le permite concertar capitulaciones antes o *después* de la boda (es decir, cuando ya está emancipado), pero con el correspondiente complemento de capacidad. Pero, si muere el primer cónyuge y contrae nuevo matrimonio antes de cumplir los dieciséis años, no necesitará dispensa, pues es un menor emancipado. ¿Necesitará aquí consentimiento de sus padres o tutores para capitular? Parece lógica la respuesta afirmativa, pues, si como señala la autora, el precepto está dirigido a evitar que se pueda capitular irreflexivamente a una edad temprana, el límite para el complemento de capacidad deben ser los dieciséis años, no la emancipación.

La capacidad para el reconocimiento de hijos por el menor emancipado, sin complemento alguno, se deduce, sin duda, del artículo 121; y para el ejercicio de la patria potestad, del 157. Pero se plantea el problema de si se requiere la asistencia prevista para realizar, en relación con los bienes de sus hijos, alguno de los actos contemplados en el artículo 323. La respuesta negativa se basa, fundamentalmente, en que el artículo 166, al exigir para la enajenación que existan *causas justificadas de utilidad o necesidad*, así como la autorización del Juez, oído el Ministerio Fiscal, contiene ya garantías suficientes para salvaguardar los bienes del hijo del emancipado. En cambio, al no contemplar el artículo 157 la limitación de *tomar dinero a préstamo*, entiende que dicho acto estará sometido a las limitaciones del 323.

El artículo 241 del Código civil, al exigir que el tutor se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, parece impedir que el emancipado ocupe tal car-

go. Sin embargo —señala la autora— esta expresión debe entenderse referida a no estar incapacitado, pues también se exigía dicha circunstancia para la adopción, y el antiguo artículo 172 exigía, sin embargo, treinta años para poder proceder a la misma, no la mayoría de edad. Por otra parte, la amplísima intervención judicial en materia de tutela, que incluye las limitaciones señaladas en el artículo 323, hace que los intereses del tutelado queden adecuadamente protegidos.

La capacidad procesal del menor emancipado se contempla en el capítulo 6. Después de una amplia referencia histórica, se llega a la conclusión de que nuestro Ordenamiento concede capacidad procesal al emancipado, pero, dada la correlación entre esta capacidad y la sustantiva, necesitará asistencia cuando la actuación procesal signifique enajenar o gravar, o cuando se trate de transigir; pues no se está, entonces, ante un simple acto de comparecer en juicio, sino que se entra en el contexto de las limitaciones del artículo 323.

El consentimiento requerido por el artículo 323 del Código civil es objeto de estudio en el capítulo 7. Se afirma taxativamente que el consentimiento negocial es prestado por el propio emancipado, no por los padres o el curador. Manifestándose la autora en contra de la afirmación, contenida en alguna Resolución de la Dirección General del Registro Notarial y Sentencia del Tribunal Supremo, de que el *consentimiento* de estos últimos es el exigido por el artículo 1.261 como elemento esencial del contrato: la declaración de voluntad que emiten no es parte integrante del negocio jurídico realizado por el emancipado, sino que se configura como un negocio de asentimiento.

La determinación de las personas llamadas a prestar el complemento de capacidad pasa por un minucioso estudio de la situación en que pueden encontrarse en relación con el hijo: incapacitadas, privadas de la patria potestad, extinción de la misma por habilitación de edad del hijo, conflicto de intereses; así como por el del nombramiento del curador. En cuanto a la forma y requisitos del mismo, admite la declaración tácita, pero no así el asentimiento de carácter general, que iría en contra de la finalidad del artículo 323: no puede haber protección si se consiente genéricamente cualquier actuación del emancipado, sin conocer el objeto, la causa y las condiciones del negocio. El consentimiento puede ser anterior o simultáneo al negocio. En cuanto al posterior supondría, a la vista del artículo 293, la confirmación del mismo.

El amplísimo capítulo 8 se dedica al estudio de las concretas limitaciones establecidas en el artículo 323. La primera de ellas (tomar dinero a préstamo) se relaciona con la normativa sobre la usura y la protección penal correspondiente. Y se excluye de la limitación el comodato o el mutuo de cosa fungible, salvo el dinero; así como el tomar dinero a préstamo para otro, cuando se trate de representación voluntaria. La disfunción existente entre el artículo 323 y el 324, que no contempla el supuesto en cuestión, se resuelve en el sentido de que son las personas mencionadas en el artículo 323 las que deben prestar el complemento de capacidad en este caso, y no el cónyuge mayor.

La crítica a esta limitación se basa, de una parte, en que es excesiva, al no permitir tomar dinero a préstamo para finalidades concretas que, como la adquisición o rehabilitación de viviendas, estarían plenamente justificadas. Pero también en que, hoy en día, mediante el mecanismo de la venta a plazos, por ejemplo, se puede conseguir el mismo resultado de endeudamiento excesivo y superfluo que la norma trata de evitar.

Después de analizar la fianza y, en concreto, el artículo 1.823 del Código civil, se pasa al estudio de los negocios crediticios distintos del préstamo, como es la compraventa a plazos, para negar que el artículo 323 pueda aplicarse a la misma, cuando conlleva un préstamo de financiación a vendedor. Lo que, en opinión de la autora, que comparto, pone de relieve el desfase existente entre la realidad económica y social que contemplaba el Código en su origen y la actual, en cuanto una compraventa a plazos (con reserva de dominio y resolución en caso de impago, más retención de cantidades en concepto de indemnización) puede constituir un negocio más arriesgado que el simple préstamo, y, como hemos visto antes, ser un medio para que el emancipado se endeude y dilapide su patrimonio.

Después de un estudio acerca de qué debe entenderse por bienes inmuebles, establecimientos mercantiles y objetos de extraordinario valor, pasa la autora a definir el término *gravar*, utilizado por el artículo 323, que entiende referido a cualquier actuación que implique la merma de las facultades propias y principales del dominio, aunque ello no conlleve la constitución de un propio derecho real; profundizando después en algunos supuestos controvertidos. Así se plantea si el arrendamiento entra en la limitación: la respuesta negativa le parece obvia para los arrendamientos no inscritos sometidos al Código civil. En cuanto a los inscritos, entiende que el emancipado debe contar con el complemento de capacidad, pero no por su posible carácter de derecho real, sino por la merma que supone de las facultades del dominio que hace aconsejable, como medida de protección, que se cuente con dicho complemento. Entre otras razones, aduce la actual Ley de Arrendamientos Rústicos, que exige la capacidad para enajenar. En cuanto a los urbanos, desaparecida la prórroga forzosa, entiende que estarán sometidos al mismo régimen que los del Código civil; esto es, podrá ser arrendados el emancipado si no se pacta un arrendamiento inscribible.

En cuanto a la hipoteca, si bien está clara su inclusión en el término *gravar*, admite la posibilidad de su constitución por el emancipado en dos supuestos: la hipoteca testamentaria, dada su capacidad para disponer de sus bienes por testamento, y las legales, en las que el gravamen no se basa en la voluntad del mismo, sino en una obligación que arranca de la ley. En contra de alguna Resolución de la Dirección General del Registro Notarial, se sustenta la opinión de que no podrá, en cambio, el emancipado, posponer por sí solo el rango de la hipoteca constituida en su favor.

La cancelación del derecho de hipoteca es objeto de un extenso estudio sobre su significado y alcance, para concluir que la cancelación subsiguiente al pago del crédito garantizado no es equivalente a enajenar ni gravar, por lo que podrá efectuarse por el menor emancipado. En cambio, cuando la cancelación obedezca a renuncia o causa similar, necesitará éste del complemento de capacidad. A solución parecida llega en cuanto a la cesión del crédito hipotecario: si la cesión significa cobro anticipado del crédito, transmitiéndose con él la hipoteca (que ha cumplido su función de asegurar el cobro), puede hacerla el emancipado sólo; si implica renuncia, no.

En cuanto a la adquisición de bienes hipotecados, nada parece impedir, con arreglo al artículo 323, que el emancipado proceda a la misma. Sin embargo, y siguiendo en su línea de no quedarse en la superficie de los problemas, la autora desmenuza el supuesto, advirtiendo el distinto significado que la adquisición puede tener, según que se deduzca o no del precio de la compra el importe de

la hipoteca, que se retenga o no del precio este importe, en suma, que se asuma o no la deuda hipotecaria.

Tras un estudio de las cuestiones de capacidad relativas a los inmuebles por incorporación, inmuebles por destino y servidumbres, se pasa a contemplar los actos de disposición. Advirtiendo que una cosa es la *enajenación* y otra la *responsabilidad patrimonial universal*, sienta una primera premisa: de las actuaciones del emancipado dentro del ámbito de su capacidad responderán todos sus bienes, sin excluir aquéllos respecto de los cuales el artículo 323 limita la misma. Pero el significado concreto de dicho término habrá de realizarse combinando el criterio de protección con el de interpretación restrictiva de las limitaciones: tendrán el carácter de actos de enajenación aquellos en los que se perjudique el equilibrio patrimonial del emancipado. La enajenación significa transmitir, la salida de un bien o derecho de un determinado patrimonio por propia voluntad.

Se examinan, a continuación, algunos supuestos dudosos. Respecto a la aceptación y repudiación de la herencia, la exigencia del artículo 992 de tener la libre disposición de los bienes se interpreta en el sentido de que puede el emancipado aceptar o repudiar por sí sólo. En cuanto a los supuestos del artículo 1.000, habrá de diferenciarse entre la repudiación, y los de renuncia impropia, de carácter traslativo, en los que el emancipado necesitará del complemento de capacidad cuando el objeto sobre el que recaiga la misma sean bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor.

En cuanto a la capacidad para pedir la partición, entiende la autora que el artículo 1.052, al exigir la libre administración y disposición de los bienes, excluye al emancipado. Igualmente, el término *mayoría de edad*, del artículo 1.052, no incluye al emancipado, que necesitará el complemento para realizar la partición.

La capacidad testamentaria se refiere, fundamentalmente, al testamento ológrafo, que exige la mayoría de edad. Se afirma la capacidad, ligando la cuestión a la resolución del problema de si la exigencia lo es de un requisito de edad o de estado civil, así como al hecho de que el testamento no afecta al patrimonio actual del testador.

Las limitaciones específicas del tráfico mercantil se inician con un recorrido histórico de las vicisitudes experimentadas por el emancipado en lo relativo a la capacidad para el ejercicio del comercio. Llegándose a la conclusión de que, a partir de la reforma por Ley de 2 de mayo de 1975, parece claro que, si bien puede ser comerciante, carece de capacidad para el ejercicio del mismo, pues el artículo 4 del Código de Comercio ya no remite a una edad concreta, sino a un estado civil: la mayoría de edad, suprimiéndose cualquier referencia a la emancipación y quedando intacto el requisito de la libre disposición de los bienes. El emancipado, habilitado de edad o menor de vida independiente podrán ser comerciantes, pero precisarán de la asistencia del curador o de sus progenitores (artículos 323, 286.1 y 288 del Código civil).

En cuanto a si el emancipado tiene capacidad para avalar, girar letras de cambio y disponer libremente de valores mobiliarios, entiende la autora que, aunque se trata de negocios que, por ser en algunos casos abstractos, pueden ser fácil instrumento del fraude, encubriendo una operación de préstamo, lo lógico es acudir a la sanción por esta vía y no interpretar extensivamente las limitaciones del artículo 323 del Código civil.

Con el tratamiento de los problemas relativos a la explotación familiar agraria

y a los agricultores jóvenes (afirmándose la posibilidad del emancipado, tanto de ser titular de la explotación agraria, como colaborador), finaliza este capítulo.

En el capítulo 9 y último se estudian los efectos de la falta del consentimiento exigido por el artículo 323 del Código civil. Se recogen en él las soluciones aportadas por la doctrina antes de la entrada en vigor de la Ley 13/1983, de 24 de octubre. La reforma del Código civil producida por dicha Ley acoge el régimen de la anulabilidad (artículos 286, números 1 y 2; 288, y 293, que se remite expresamente al artículo 1.301), señalándose las siguientes peculiaridades respecto al régimen general de la misma.

En cuanto a la legitimación activa, expone la autora las razones que avalan la decisión del legislador de legitimar al curador o, en su caso, a los padres (artículos 293 y 323 del Código civil) para el ejercicio de la acción. Se pregunta, además, si cabe que el emancipado impugne el acto realizado sin el oportuno consentimiento, antes de haber alcanzado la mayoría de edad. Afirmando que ello no es posible, no porque, como se decía antes de la reforma, no tenga capacidad para comparecer en juicio, pues hoy la tiene, sino porque debe existir una correlación entre las limitaciones impuestas y el poder de impugnación. Así es posible entender que, si en el artículo 1.301 se establece el momento en que empieza a correr el lazo de los cuatro años, es desde ese instante, y no otro, cuando la persona puede ejercitar la acción de nulidad. El plazo corre desde el instante en que la persona tiene posibilidad de ejercitar la acción, no antes, porque no pudo ejercitarla.

La aplicabilidad del artículo 1.304 del Código civil a los supuestos en que el sujeto es un emancipado, aun admitiendo la seriedad de las objeciones en contra, es afirmada por la Profesora Pérez de Castro, después de un minucioso estudio de las opiniones doctrinales existentes al respecto, de los antecedentes legislativos y del Derecho comparado. Terminando con la determinación de las personas legitimadas para confirmar el negocio: no podrán hacerlos los padres o el curador, a pesar de que pueden impugnar, ya que con ello desaparecería la facultad del emancipado de impugnar, una vez llegado a la mayor edad, si lo desea. Aunque admite que puedan prestar el consentimiento para que el emancipado confirme, si lo estima oportuno.

En todo el trabajo se observa una preocupación que se inscribe entre dos polos: de una parte, no interpretar las limitaciones contenidas en el artículo 323 de forma indebidamente extensa, de manera que la capacidad del menor emancipado se vea excesivamente mermada. Pero, de otra parte, no se pierde de vista la idea-guía de que las limitaciones de dicho artículo se establecen para proteger al emancipado, por lo que tampoco deben interpretarse restrictivamente, en los supuestos en que, efectivamente, el menor está necesitado de protección.

En suma, nos encontramos ante un atractivo trabajo, que viene a demostrar tanto la capacidad de su autora, como lo que puede dar de sí un tema, que puede parecer agotado, cuando se le enfoca con ideas originales, minucioso tratamiento de la doctrina y de la jurisprudencia y adecuada aportación del elemento histórico.

ETELVINA VALLADARES RASCÓN
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Metodología jurídica», Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1988, 426 páginas.

Las razones por las que la metodología ha llegado a jugar en el conocimiento moderno un papel tan extraordinariamente preponderante son complejas. Sin duda, tales razones están ligadas a la operación cartesiana consistente en la formalización de la verdad como único objeto posible de conocimiento. En el campo del Derecho, el origen de este predominio se remonta a la Escuela Histórica del Derecho y a esa operación de sistematización y conceptualización que, paralelamente a (o en estrecha relación con) la valoración de la eficacia y espontaneidad social llevan a cabo Savigny y Puchta, entre otros. Desde ese momento, y siempre en el terreno jurídico, tal preponderancia se fue acentuando progresivamente. Baste recordar brevemente cómo Kelsen construye un deber ser como fundamento del derecho que resulta vacío de contenido en un doble sentido. En primer lugar, vacío de contenidos sociales, por la necesidad de distinguir el ser del deber ser. En segundo lugar, vacío de contenidos morales: es el deber ser kantiano, pero totalmente desconectado de la razón práctica. La teoría pura del derecho reclama así un puro «sollen» vacío de contenido, un «sollen» formal que, no obstante, exige un correspondiente conocimiento formal. Nada tiene de particular, pues, que el ambiente iuspositivista coloque la metodología jurídica en un primer plano dentro del marco de la reflexión jurídica. En relación con la llamada teoría tridimensional del Derecho, decía Bobbio, en esta línea, que en los últimos años se dejaba sentir la necesidad de situar, junto a las tres grandes dimensiones que recoge esta teoría (fenomenológica, normativa y estimativa), una cuarta dimensión, precisamente metodológica, por los relevantes problemas que actualmente se presentan desde este ángulo (*Studi per una teoría generale del diritto...*, ed. Giappichelli, Torino, 1970).

Estas consideraciones deberían bastar para justificar el texto que ahora comentamos y su oportunidad. Libro denso y apretado, no sólo por contener una panorámica, necesariamente amplia, de las diversas corrientes metodológicas, sino sobre todo porque es un libro de tesis, o en palabras de Hart, un libro que no se limita a enseñar lo que dicen otros libros. Concretamente, el propósito de Vallet es el de explicar las razones de la preponderancia moderna de una metodología jurídica formalista y reductiva, lo que implica dar cuenta del paso sobrevenido desde una metodología integradora y completa, hasta la actual. Son dos modos del conocimiento del Derecho, pues, los que se enfrentan; dos métodos que a su vez descansan en dos grandes concepciones jurídicas. A la ruptura de la unidad del conocimiento que tiene lugar en la modernidad (por obra del ockhamismo y del protestantismo), le corresponde una paralela ruptura de la unidad del conocimiento jurídico, consecuencia de la aparición de una concepción subjetiva del Derecho que entendiendo éste como facultad identifica ley y Derecho (Derecho como emanación del poder del Estado a través de sus leyes), desterrando así la idea del Derecho como lo justo, y de la ley como regla de lo justo. En definitiva, el paso de una concepción del Derecho como «legere» (lectura del mundo natural que trasciende lo fáctico), a una noción del Derecho como «velle» del Gobierno o «facere» instrumental (pág. 251), que no puede dejar de tener importantes consecuencias en el método jurídico, constituye en mi opinión el objeto central del trabajo de Vallet.

Resulta imposible recoger en estas breves líneas la enorme riqueza de aspectos y problemas que la obra contiene, a no ser de modo muy sumario. Limitaré por ello mi comentario a tres ejes que tocaré muy brevemente:

1. Las líneas inspiradoras del texto se abren con unas consideraciones generales relativas al conocimiento entre las que ocupan un importante lugar las dedicadas al tomismo. En este punto destacaría, entre otras cosas, el análisis que el autor dedica al concepto, tan importante para el Derecho, de la prudencia, y las diferencias que establece en la página 77 entre Aristóteles y Santo Tomás. En seguida, estas consideraciones generales se combinan con otras ceñidas ya al Derecho en la misma perspectiva: concepto (el Derecho como determinación de lo justo), fuentes y, especialmente, saberes jurídicos (el Derecho como ciencia y como arte), para plantear inmediatamente el problema de la trascendencia o inmanencia en el Derecho, en torno a varios ejes: Dios (revelación o humanidad), dualismo cartesiano, sustitución de Dios por la naturaleza... Queda establecida así, aunque todavía en sus grandes directrices la cuestión central de la conexión entre concepto de Derecho (que puede centrarse en lo justo, la norma, la sentencia, la facultad...) y los saberes jurídicos (que pueden diferenciarse como comunes, técnicos, científicos o filosóficos).

A partir de este momento y en capítulos sucesivos, se desgrana una cumplida visión de diversas posiciones jurídicas, que se identifican no sólo por su referencia metodológica, sino porque forman un todo, una unidad o totalidad conceptual y metodológica. Subraya cómo el Derecho de los jurisconsultos romanos es un «Derecho hallado», del mismo modo que el Derecho natural clásico, que expone a través de un riguroso planteamiento, único capaz de ofrecer su verdadera dimensión, al eliminar elementos ajenos a él que, introducidos tal vez por la inercia del tiempo, han terminado por desfigurarle, como puede ser el caso de una equidad entendida subjetivamente o como puente hacia el Derecho libre. Hay que destacar, siempre en esta línea, la exposición y análisis que el autor lleva a cabo del paso del Derecho natural clásico al racionalista de los siglos XVII y XVIII, y del papel jugado por el nominalismo y el protestantismo. Pero mención especial merece la excepcional, y en otro sentido original, interpretación de Vico y Montesquieu que el autor (recientemente galardonado en Francia con el premio «Montesquieu» por su obra *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, ed. de 1986) acomete en el capítulo siguiente. Asimismo, son destacables los capítulos relativos al positivismo, tanto en su versión normativista como sociológica, con el original trazado de un paralelismo entre nuestro Derecho foral (en especial, los foralistas catalanes) y la Escuela histórica alemana que, en cierta medida, Vallet utiliza para hacer explícita su crítica a esta última corriente: a propósito de la costumbre jurídica, por ejemplo, revela cómo, mientras que éstos no pasan de ser una elaboración científico-doctrinal, para los foralistas resulta una realidad vivida. Asimismo, me gustaría subrayar cómo respecto al marxismo, Vallet no se limita a hacer una exégesis vulgar (al uso), sino que toca aspectos hasta ahora no demasiado divulgados (me refiero al uso alternativo del Derecho, o a la obra de Bloch) que son, sin embargo, de primera importancia jurídica o jurídico-metodológica al menos. Por fin, cabe destacar, ya casi en el final de la obra, el capítulo relativo a la superación del positivismo. Una superación realizada desde diversas corrientes (fenomenología, estimativa jurídica...) que a menudo se han confundido o incluso hecho, sin más, con el llamado retorno iusnaturalista. El análisis

diferenciado y puntual de estas corrientes es por ello muy de agradecer, pues aunque pueden haber contribuido al mencionado retorno, nada autoriza a aquella equivalencia. Por lo demás, este análisis permite entrar a Vallet en el último capítulo de los expositivos (pues la obra se cierra con un capítulo reasuntivo y conclusivo) dedicado precisamente a ese retorno o renacimiento (continuidad) del Derecho natural que en ciertos casos se realiza desde el positivismo (todavía imperante cuando se produce), lo que hace que Vallet aborde la cuestión a partir de una atenta consideración de este positivismo que se eleva sobre sus postulados y los trasciende: el nominalismo protestante (Wolff), el normativismo legalista... Para finalizar con el examen de las relecturas de Santo Tomás realizadas en el marco del Derecho natural católico (Villey).

2. El segundo eje al que me ceñiré, ahora más brevemente, tiene que ver con la afirmación, anteriormente formulada, de que estamos ante una obra de tesis y no sólo de recopilación y exposición. Este extremo queda puesto de manifiesto en el hecho mismo de que a través del texto se pueden recoger elementos aptos para solucionar, o intentar solucionar, algunos problemas actuales que tiene planteados la reflexión jurídica. Me referiré tan sólo a dos de ellos, para no traicionar la brevedad que acabo de prometer. Por una parte, en las páginas 105 y siguientes encontramos elementos que permiten distinguir, y al mismo tiempo conectar, entre principios y normas, cuestión está difícilmente solucionable para el positivismo, que después de dejar fuera del ordenamiento jurídico a los principios, carece de estatutos para situarlos de nuevo jurídicamente. Por otra parte, en las páginas 250 y siguientes puede apreciarse una clara y accesible clasificación de los diversos positivismos, y no sólo diversos, sino, como advierte el autor, en algunos casos contradictorios.

3. Me atrevería, por último, a dirigir a esta obra una pequeña y muy puntual crítica. Antes de ello, una salvedad relativa a un aspecto de la misma que no me parece negativo ni, en consecuencia, criticable, y que, sin embargo, una consideración superficial del texto pudiera presentar como tal. Se trata de las casi inevitables apreciaciones de insuficiencia que toda obra puede llegar a suscitar, cualquiera que sea su naturaleza: esas dimensiones que parecen poco desarrolladas, esos puntos en los que parece insistirse menos, esos autores, en definitiva, a los que parece dedicarse menos atención... Pero he repetido varias veces, aun dada la brevedad de estas líneas, que en mi opinión no estamos ante un tratado o manual de metodología jurídica simplemente, sino ante una obra de tesis. No hay, por consiguiente, intención de exhaustividad (incluso en un texto sumamente completo como éste) que justifique semejante objeción.

La crítica a la que me refiero tiene que ver con la falta de aparato bibliográfico de que adolece el texto. Ello constituye a mi modo de ver un inconveniente, porque siendo un texto fundamentalmente universitario, extremo éste que vendría avalado, en última instancia, por el carácter de reflexión y de aportación personal del autor al tema tratado, precisamente (sin olvidar, además, que su origen está en un curso de doctorado impartido por Vallet el año académico 87-88), la inclusión de una bibliografía completaría la obra en este sentido.

Es, como puede comprobarse, una crítica un tanto accesoria del libro, realizada pensando más en sus destinatarios universitarios, o sea, en su carácter instru-

mental en cierto modo, que en su contenido y, por tanto, una consideración que en absoluto llega a (ni se propone) cuestionar el excelente trabajo de Vallet.

JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES

VARIOS AUTORES: «Juristen im Portrait. Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten. Festschrift zum 225 jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck», Verlag C. H. Beck, München, 1988, 756 páginas.

Nadie pone en duda la aportación —instrumental, pero no pocas veces decisiva— que las editoriales han prestado, siguen prestando y cabe esperar que en el futuro lo sigan haciendo, al progreso de la Ciencia Jurídica en general. Para no citar ejemplos cercanos, baste evocar los casos ejemplares de la Giuffré o la Cedam en Italia. Algunas veces estas entidades asumen un protagonismo directo y, en forma consciente, impulsan y promueven la investigación y publicación de aspectos menos conocidos o complementarios de lo que constituye su quehacer editorial habitual. En esta línea se inscribe la presente Galería de juristas alemanes que durante cuarenta años, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, han publicado en la conocida editorial muniquesa.

La ocasión ha sido el 225 aniversario de la Verlag C. H. Beck, que ha dado pie a la publicación del presente *Festschrift*, hermosamente editado, en el que se recogen, además de las biografías de los fundadores y sucesivos dueños de la empresa, una selección de 74 juristas, teóricos y prácticos, que han publicado obras en la misma. Las reseñas biográficas suelen ser breves —no pasan de una decena de páginas— pero son casi siempre suficientes para que el lector tenga idea cabal de su valía científica y de las aportaciones que ha realizado a la disciplina que ha cultivado; tales reseñas se han encomendado a discípulos o colegas pertenecientes a la Universidad, Magistratura, Administración y, en algún caso, hasta a la Política alemana.

Sabido es lo difícil que resulta «encasillar» a los juristas germanos dentro de los estrictos límites de lo que aquí entendemos por asignatura. Con estas reservas baste decir que aparecen como colaboradores de la Beck'sche personalidades con resonancia no sólo alemana, sino europea e, incluso, alcance mundial. A modo de ejemplo pueden mencionarse: el historiador Helmut Coing; el comparatista y especialista en Derecho internacional privado, Murad Ferid; el administrativo Ernst Forsthoff; el romanista Max Kaser; el procesalista Wolfgang Lent; el penalista Edmung Metzger; el especialista en Deutsches Privatrecht, Heinrich Mitteis; el filósofo del Derecho Hans Nawiasky, y el procesalista Leo Rosenberg. Entre los civilistas destacan los nombres de Fritz Baur, Karl Larenz y Hans Carl Nipperdey. De este último, sin embargo, se resalta más la faceta de laboralista, aunque no debe olvidarse su colaboración en el clásico Tratado de Ennecerus. Precisamente, la biografía de Larenz resulta ser una de las más extensas y también una de las escritas con mayor fervor por su discípulo Uwe Diederischen.

De hacer alguna observación, acaso se echa en falta una mayor atención a la influencia de estos autores en otros países, que no hubiera sido difícil rastrear a través de las traducciones.

Aunque la mayor parte de la obra (páginas 109-734) trata de los perfiles bio-

gráficos de los colaboradores de la editorial, la parte dedicada a la historia de la misma es minuciosa y detallada, desde la fundación en 1763 por Carl Gottlob Beck y Carl Heinrich Beck, hasta nuestros días. También se indican las diferentes secciones (grandes comentarios, Manuales, Textos legales, Libros escolares, Formularios, etc.) que actualmente cultiva la editorial.

Es una obra colectiva de gran envergadura que ha sabido coordinar la labor de gran número de colaboradores de notable calidad. Buena muestra de la potencia con que todavía cuenta la Ciencia Jurídica alemana pese a la sangría que significaron las persecuciones nazis y las consecuencias de la guerra.

Faltando entre nosotros un *Who who's* de la Ciencia Jurídica española, hecho con solvencia y seriedad, la lectura de obras como la presente —que es sólo una muestra limitada sectorial y cronológicamente— no puede menos de suscitar el deseo de que surjan imitadores españoles, acaso comenzando modestamente por concretas parcelas del saber jurídico. ¿No sería oportuno aprovechar la celebración del Centenario del Código civil para preparar la biografía de los civilistas, vivos o muertos, que lo han explicado?

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Revistas

REVISTAS ESPAÑOLAS

A cargo de EMILIO BLANCO MARTINEZ -
JOSE LUIS DE CASTRO MARTIN

SUMARIO: I. DERECHO CIVIL.—1. Introducción (núms. 1 al 4).—2. Derecho de la persona (núms. 5 al 11).—3. Persona jurídica (núms. 12 al 13).—4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil (núms. 14 al 15).—5. Derecho de cosas. Derecho hipotecario y registral (núms. 52 al 72).—6. Derecho de familia (núms. 73 al 86).—7. Derecho de sucesiones (núms. 87 al 91).—II. DERECHO MERCANTIL.—1. Parte General. Empresa (núms. 92 al 95).—2. Derecho de sociedades (núms. 96 al 110).—3. Instituciones y Agentes Auxiliares del Tráfico (núm. 111).—4. Contratos mercantiles (núms. 112 al 113).—5. Derecho cambiario (núm. 114).—6. Derecho concursal (núm. 115).—III. DERECHO URBANÍSTICO (núms. 116 al 128).—IV. DERECHO NOTARIAL (núms. 129 al 130).—VI. DERECHO PROCESAL (núms. 131 al 142).—VII. VARIA (núms. 143 al 146).—INDICE DE ABREVIATURAS.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. **ARZAMENA SIERRA, Jerónimo:** *Competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil: el artículo 149.1.8 de la Constitución*, «Actualidad Civil», núm. 35, 1988 (665), pp. 2181 y ss.

La Constitución de 1978 afirma la pluralidad de ordenamientos jurídico-civiles y prevé que las Comunidades Autónomas, allí donde existan Derechos civiles, especiales o forales, puedan asumir, en sus Estatutos, su conservación, modificación o desarrollo. En el trabajo se analizan algunas de las cuestiones jurídicas que tal opción constitucional plantea.

2. **CERDA GIMENO, José:** *De nuevo sobre la revisión del Derecho civil de Baleares: en especial del Libro III —Ibiza y Formentera— de la Compilación de Derecho civil de Baleares*, «Actualidad civil», núm. 4, 1989 (74), pp. 265 y ss.

3. **IGARTUA SALAVERRIA, Juan:** *El Derecho natural, ¿es Derecho?*, «RGLJ», enero, 1988, pp. 3 y ss.

Entiende el autor que sea cual fuere la doctrina iusfilosófica a la que quienquiera desee adscribirse, no supone para él dejación ninguna reconocer que, en palabras de Krystufek, el problema del Derecho natural es uno de los más importantes en la historia de la filosofía del Derecho y que, por tanto, todo jurista que se dedique a consideraciones teóricas debe no solamente plantearse la cuestión de la existencia del Derecho natural, sino debe igualmente contestarla de una manera u otra. El trabajo versa acerca del Derecho natural, y si bien en el mismo no se aborda frontalmente el problema de su existencia, tampoco es ajeno —siquiera a modo de reflexiones propedéuticas— a semejante cuestión.

4. **VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos:** *La moral y las buenas costumbres en el Derecho español*, «Actualidad civil», núm. 40, 1988 (748), pp. 2481 y ss.

El autor llega, entre otras, a la conclusión de que la moral y las buenas costumbres constituyen, respectivamente, la sustancia y el accidente (en términos ontológicos), de una misma y sola realidad atribuible a la conducta humana. Igualmente que la moral y las buenas costumbres no tienen ni pueden tener otra sustancialidad que la jurídica y, por tanto, su presencia debe ser buscada en el espíritu o en la letra de las normas jurídicas del ordenamiento.

2. DERECHO DE LA PERSONA

5. **ARROYO ZAPATERO, Luis:** *Problemas jurídicos de la esterilización de menores e incapaces*, «La Ley», 15 de noviembre de 1988.

Puede afirmarse que cabe la esterilización de incapaces o menores de edad, cuando resultare médicamente indicada, lo solicitaren sus representantes legales y así fuere autorizado por el Juez de primera instancia tras el oportuno expediente con intervención del Ministerio Fiscal.

6. **BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** *Derecho al honor y a la intimidad personal: lesión; acumulación de acciones; responsabilidad solidaria de autores, directores y editores de periódicos, vigencia de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966; aplicación de los artículos 1.903, párrafo 4, y 1.904 del Código civil; cuantificación del daño moral. Comentario a la STS de 7 de marzo de 1988*, «CCJC» (núm. 16), enero-marzo, 1988, pp. 179 y ss.

7. **GARCIA TORRES, Jesús:** *Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales*, «Poder Judicial», núm. 10, junio, 1988, pp. 11 y ss.

El autor defiende en el trabajo la tesis siguiente: la mejor comprensión de la eficacia vinculante de los derechos fundamentales —reconocida especialmente en el artículo 53.1 de la Constitución— aconseja una estrategia de elaboración dogmática que dé preferencia al interés de la heterogeneidad sobre el de la homogeneidad. Puede haber sensibles diferencias en el modo y grado de vinculación

a los derechos fundamentales según la esfera del poder público de que se trate, y, a veces, según el tipo de relación sobre la que el derecho fundamental se proyecte. En expresión más concisa: más que un único tipo de eficacia vinculante de los derechos fundamentales, existen tipos diversos y plurales de vinculación.

8. GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Incapacidad de obrar: presunción de capacidad mientras no se acredite la incapacidad. Presunción de exigibilidad de las especiales cautelas del otorgamiento de testamento en intervalo lúcido. Declaración de incapacidad y cosa juzgada. Retroacción de los efectos de la declaración de incapacidad. Comentario a la STS de 18 de marzo de 1988*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 209 y ss.

9. MATEO DIAZ, José: *Interpretación jurisprudencial y constitucional de la Ley de Extranjería (I)*, «Actualidad Civil», núm. 36, 1988 (648), pp. 2245 y ss. (II) «Actualidad Civil», 1988.

La promulgación de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, levantó una considerable expectación, evidenciada en el interés con que se ha seguido el rodaje de la misma en la práctica y por la atención que se le ha dispensado.

10. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: *Sobre el derecho a la propia imagen. Comentario a la STS 170/87, de 30 de octubre*, «Poder Judicial», núm. 10, junio, 1988, pp. 75 y ss.

11. RUIZ PEREZ, Joaquín Salvador: *Consideraciones jurídicas sobre el trasplante de órganos*, «Actualidad Civil», núm. 5, 1989 (91), pp. 333 y ss.

La cuestión de los presupuestos y los límites de la trasplatación de órganos, no es sólo una cuestión médica, o de ética médica profesional, sino, al mismo tiempo, como ha observado Hans Luttger, una cuestión jurídica, pues se trata de la problemática de la protección de bienes jurídicos.

3. PERSONA JURIDICA

12. MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: *Capacidad procesal de las Fundaciones. La Beneficiencia no debe identificarse con la Fundación. La necesidad de distinguir entre Establecimiento y Fundación. La Fundación como persona jurídica. Comentario a la STS de 23 de marzo de 1988*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 243 y ss.

13. SAENZ DE SANTA MARIA VIerna, Alberto: *Los clubes de fútbol, ¿sociedades anónimas?*, «La Ley», 18 de noviembre de 1988.

En fechas recientes, los medios de comunicación se han hecho eco del propósito del Secretario de Estado para el Deporte de impulsar la elaboración de un Proyecto de Ley del Deporte. En dicho Proyecto, el tema estrella es, sin duda,

la transformación de los clubs de fútbol en flamantes sociedades anónimas. La cuestión presenta más facetas jurídicas de lo que, en principio, pudiera pensarse.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. AA.VV.: *Cumplimiento de obligaciones ajustadas a la devaluación monetaria*, «RDN», núms. 137-138, julio-diciembre, 1987, pp. 15 y ss.

Texto de las ponencias y conclusiones relativas al Tema I (cumplimiento de obligaciones ajustadas a la devaluación monetaria), de la III Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Palma de Mallorca en 1987.

15. ASUA GONZALEZ, Clara I.: *Subarriendo simulado. Simulación relativa. Plazo de prescripción. Fraude de ley. Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1987*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 71 y ss.

16. CADARSO PALAU, Juan: *El desistimiento del dueño en el contrato de obra y la indemnización al contratista. Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1987*, «Poder Judicial», núm. 10, junio, 1988, pp. 93 y ss.

17. CALBACHO LOSADA, Fernando; RODRIGUEZ JIMENEZ, Lupicinio, y BARRIOLA URRUTICOECHEA, León: *El deber de declaración del riesgo en la Ley del Contrato de Seguro*, «La Ley», 1 de noviembre de 1988.

Estudio del artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro, que, en opinión de los autores, configura la obligación de declaración del asegurado como un deber precontractual, que debe realizar antes de que asegurador y asegurado suscriban la póliza de seguro. Se trata de un deber presidido fundamentalmente por el principio de buena fe, en el sentido de que el asegurador debe confiar en la buena fe con la que el tomador del seguro le ha comunicado los datos y circunstancias relativos al riesgo, necesarios tanto para la evaluación del mismo y la decisión sobre su asunción o no, como para la posterior estimación de la prima a pagar.

18. CAPILLA RONCERO, Francisco: *Acción revocatoria o pauliana: rescisión por fraude de acreedores. Gratuidad u onerosidad en la constitución de hipoteca. Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 273 y ss.

19. CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto: *Donación de inmueble pura y onerosa. Concesión de licencia municipal como prestación derivada de contrato. Causa o condición ilícitas. Ineficacia de contrato. Comentario a la STS de 15 de abril de 1988*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 297 y ss.

20. DELGADO ECHEVARRIA, Jesús: *Intransmisibilidad «mortis causa» de la oferta de contrato. En particular, la de fianza. Comentario a la STS de 23 de marzo de 1988*, «Poder Judicial», núm. 12, diciembre, 1988, pp. 127 y ss.

21. **DE LOS MOZOS, José Luis:** *Pago o cobro de lo indebido*, «RDP», julio-agosto, 1988, pp. 651 y ss.

En primer lugar, se estudia la figura en Derecho romano; en segundo lugar, la tradición romanista y el Código civil; en tercer lugar, los presupuestos del pago de lo indebido; en cuarto lugar, la carga de la prueba; en quinto lugar, los efectos del pago de lo indebido; en sexto lugar, la excepción de la obligación de restituir, y en séptimo lugar, por último, el pago de lo indebido y los terceros.

22. **DEL RIO GARCIA DE SOLA, Ignacio:** *Adjudicación de inmueble a socio en la liquidación de la sociedad. Comentario a la RDGRN de 13 de febrero de 1986*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 17 y ss.

23. **DIAZ ALABART, Silvia:** *Comentario a la STS de 2 de marzo de 1988*, «Poder Judicial», núm. 12, diciembre, 1988, pp. 135 y ss.

24. **EGEA FERNANDEZ, Joan:** *Compraventa. Rescisión por lesión «ultra dimidium» en Cataluña. Comentario a la STS de 24 de febrero de 1988*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 145 y ss.

25. **FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ, M.^a Teresa:** *La ejecución de laudos arbitrales con arreglo a la Convención de Nueva York. Análisis de la jurisprudencia estadounidense (II)*, «RDP», julio-agosto, 1988, pp. 666 y ss.

La autora llega, entre otras, a la conclusión de que los tribunales americanos han interpretado y aplicado la Convención con el propósito de favorecer al máximo la ejecución de laudos arbitrales, considerando que los acuerdos arbitrales son válidos y ejecutables y subrayando, en repetidas ocasiones, la importancia de que las partes respeten y cumplan las obligaciones contraídas como medio de crear un marco favorable al arbitraje internacional.

26. **FONT SERRA, Eduardo:** *Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal*, «RJC» 1988 (4), pp.939 y ss.

Sostiene el autor que para abordar adecuadamente el tema de la responsabilidad civil en el proceso penal es preciso atender a tres cuestiones: la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito; el acto ilícito produce sus efectos inicialmente en el ámbito privado y, cuando además es penado por la Ley, los produce secundariamente en el ámbito penal; de la responsabilidad penal no deriva la responsabilidad civil, sino la competencia del Juez para conocer de la acción civil «ex delicto».

27. **GARCIA CANTERO, Gabriel:** *Préstamo usurario. Se supone recibida mayor cantidad que la entregada. Nulidad radical. Nulidad de la novación. Condena en costas omitida y suplida por Auto de aclaración. Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1987*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 81 y ss.

28. **GARCIA CANTERO, Gabriel:** *Préstamo, usura y protección de los consumidores*, «Actualidad Civil», núm. 3, 1989 (58), pp. 205 y ss.

El autor se propone subrayar un aspecto poco destacado en la Ley de Usura, que permite considerarla como lejano precedente de la Ley General de Protección de Consumidores y que facilita un enfoque renovador de la misma.

29. GARCIA MARTIN, Isabel: *Aplicación de la Ley de Contrato de Seguro al seguro marítimo: plazo para la comunicación del siniestro; recargo por retraso en la reparación del daño. Comentario a la STS de 19 de febrero de 1988, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 107 y ss.*

30. GAYA SICILIA, Regina: *Juegos de suerte, envite o azar. Interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Ejercicio de la facultad de moderación que compete a la autoridad judicial en relación con la obligación civil nacida del juego no prohibido. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1988, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 129 y ss.*

31. GOMEZ CORRALIZA, Bernardo: *Comentarios jurisprudenciales sobre la caducidad, «La Ley», 14 de octubre de 1988.*

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el trabajo se analizan, en primer lugar, el principio de no interrupción de la caducidad; en segundo lugar, la llamada caducidad convencional, y, en tercer lugar, el caso excepcional de prórroga de un plazo de caducidad por acuerdo de las partes: la «caducidad atenuada».

32. GONZALEZ LAO, Juan José: *Lo ilícito civil y lo ilícito penal, «RGLJ», febrero, 1988, pp. 217 y ss.*

Exposición de los distintos criterios y teorías emitidas por la doctrina en torno a la distinción de la ilicitud jurídica en ilicitud civil e ilicitud penal.

33. GUIJARRO HERNANDEZ, José Javier: *La declaración de ruina de la finca como causa de extinción del contrato de arrendamiento, «La Ley», 2 de diciembre de 1988.*

Estudio del artículo 114.10 de la LAU que, como es sabido, establece que el contrato de arrendamiento urbano, lo sea de vivienda o de local de negocio, podrá resolverse a instancia del arrendador por la declaración de ruina de la finca, acordada por resolución que no dé lugar a recurso y en expediente contradictorio tramitado ante la autoridad municipal, en la cual hubieren sido citados al tiempo de su iniciación todos los inquilinos y arrendatarios.

34. GUILARTE ZAPATERO, Vicente: *Oferta de reconocimiento de deuda y de constitución de garantía; bilateralidad y consensualidad de la fianza convencional; exigencia de aceptación de la oferta para su nacimiento y eficacia; la fianza solidaria y la solidaridad; la posición de los herederos del oferente de la garantía, Comentario a la STS de 23 de marzo de 1988, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 251 y ss.*

35. LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique: *Sobre la causa en los contratos*, «La Ley», 30 de diciembre de 1988.

El concepto de causa en los contratos, señala el autor, es un tema de gran dificultad que cabe atribuir, entre otras razones, a su confusa evolución histórica y a la intrincada trama de influencias dogmáticas en que se debate su estudio. Sobre este tema, añade, todo se discute: su significado, su importancia y hasta su misma utilidad, llegándose a negar que sea un requisito del contrato distinto del objeto y del consentimiento. El trabajo se dirige fundamentalmente a explicar qué es la causa en los contratos según nuestro Código civil.

36. LAUREL SOTO, Francisco: *Consecuencias procesales de la supresión de la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos*, «Poder Judicial», núm. 10, junio, 1988, pp. 65 y ss.

La aparente claridad del artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 39 de abril, sobre Medidas de Política Económica, se desvanece al contemplar el contenido normativo del apartado 2 del propio artículo 9, que proclama que «dichos contratos, salvo lo dispuesto en el apartado anterior, se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos».

37. MARTINEZ CALCERRADA, Luis: *Aspectos jurídicos de la teleinformática en el área sanitaria* (I), «Actualidad Civil», núm. 45, 1988 (845), pp. 2807 y ss. (II) «Actualidad Civil», núm. 46, 1988 (866), pp. 2871 y ss.

La permanente e ineludible presencia del médico en el manejo de los ordenadores —señala el autor— provoca que tal protagonismo sea tenido en cuenta al abordar el problema —tan nuclear en el Derecho— de determinar, previo estudio de los esquemas contactuales, el «quid» y el «quantum» de responsabilidad, o reparación de las consecuencias perjudiciales derivadas de una causa reprochable en el manejo o aplicación de la nueva tecnología en el campo sanitario.

38. NIN RIOS, José M.^a: *Los mecanismos de protección contractual contra el riesgo en las transacciones internacionales*, «RJC», 1988 (4), pp. 915 y ss.

Hoy por hoy, señala el autor, sólo existe una forma para protegerse de los cambios en el valor del dinero y ésta es la inclusión de cláusulas de valor en los contratos. El artículo explora los distintos mecanismos de protección contractual que pueden utilizarse en las transacciones internacionales para soslayar los cambios en el valor del dinero.

39. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *El contrato de compromiso, según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, «Actualidad Civil», núm. 1, 1989 (1), pp. 1 y ss.

Estudio del contrato de compromiso (que la nueva ley denomina convenio contractual), que el autor define como contrato por el que las partes convienen que una determinada controversia jurídica que ya ha surgido o que puede surgir, sea resuelta por uno o varios árbitros, a cuya decisión se someten.

40. ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: *La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales*, «Actualidad Civil», núm. 2, 1989 (42), pp. 149 y ss.

No es propósito de este trabajo —señala el autor— abarcar los aspectos todos de la Ley 36/1988, sino ceñirse exclusivamente a una exposición estimativa de su temática procesal, denotando las novedades que comporta respecto del régimen de la Ley de 1953 y de la jurisprudencia producida en su aplicación.

41. PEREZ ALVAREZ, Miguel Angel: *Cofianza solidaria asumida en garantía de préstamo: consecuencias del pago hecho por los cofiadores; derechos de los cofiadores frente al deudor. Litisconsorcio pasivo necesario. Comentario a la STS de 21 de diciembre de 1987*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 57 y ss.

42. QUIÑONERO CERVANTES, Enrique: *Contrato de Agencia: incumplimiento parcial. Resolución unilateral del contrato. Indemnización de daños y perjuicios. Comentario a la STS de 22 de marzo de 1988*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 237 y ss.

43. REBOLLEDO VARELA, Angel Luis: *Compraventa de vivienda en construcción. Precio por unidad de medida. Incumplimiento del vendedor. Superficie de la vivienda contruida: inclusión de los elementos comunes. Comentario a la STS de 2 de marzo de 1988*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 151 y ss.

44. REGLERO CAMPOS, Fernando: *Responsabilidad civil extracontractual. Seguro voluntario de automóviles. Acción directa. Legitimación pasiva. Responsabilidad del asegurado. Comentario a la STS de 24 de marzo de 1988*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 263 y ss.

45. REGLERO CAMPOS, Fernando: *Responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual. Elementos de distinción: la culpa*, «Poder Judicial», núm. 12, diciembre, 1988, pp. 27 y ss.

La tarea de distinguir entre la responsabilidad contractual y extracontractual, que en línea puramente teórica no presenta grandes inconvenientes, está preñada, en cambio, de tales dificultades en la práctica, que no sorprende la falta de homogeneidad que, en ausencia de regulación positiva, se advierte en la jurisprudencia no sólo española, sino también extranjera, a la hora de delimitar los contornos de ambos sistemas y de disciplinar las relaciones que existen entre ellos.

46. RODRIGUEZ MORATA, Federico A.: *Doble venta. Fe pública registral. «Litis consorcio» pasivo necesario. Saneamiento por evicción. LLamada en garantía. Comentario a la STS de 4 de marzo de 1988*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp 163 y ss.

47. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *Intereses moratorios, mora en las deudas dinerarias; el requisito de la liquidez de la deuda; los intereses legales del*

artículo 921 de la LEC y cláusula penal. Comentario a la STS de 20 de febrero de 1988, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 117 y ss.

48. SAENZ DE SANTAMARIA VIERNA, Alberto: *Estatutos de Propiedad Horizontal; abuso de derecho; defensa de los consumidores, «RCDI», núm. 588, septiembre-octubre, 1988, pp. 1647 y ss.*

Dictamen sobre una consulta concretísima que formula un promotor inmobiliario: la posibilidad de incorporar a una escritura de declaración de obra nueva una cláusula que habría de incluirse, de ser posible, en los Estatutos del Edificio, del siguiente tenor: «Los departamentos del edificio que no se hubieren vendido por la entidad mercantil X, S.A. (promotora del edificio), mientras permanezcan en posesión de dicha sociedad no contribuirán a los gastos de reparación, conservación o entretimiento del portal de entrada a las viviendas y escaleras de acceso, así como a ningún otro gasto que se genere por la utilización de elementos comunes.»

49. SANTOS BRIZ, Jaime: *La compensación de culpas. Su aplicación en el seguro de suscripción obligatoria de automóviles, «RDP», septiembre, 1988, pp. 771 y ss.*

Se aborda en primer lugar la doctrina de la llamada compensación de culpas, para después ocuparse de su reflejo en nuestra jurisprudencia civil y penal, y, por último, de la influencia o posible aplicación que puede hacerse de la misma en los casos en que para liquidar las consecuencias de la responsabilidad civil derivadas de accidentes de circulación se acude al seguro de suscripción obligatoria de automóviles.

50. SANZ VIOLA, Ana M.ª: *El profesional de la agricultura y el cultivador personal en la Ley de Arrendamientos Rústicos: delimitación de conceptos y orientaciones jurisprudenciales, «Actualidad Civil», núm. 44, 1988 (824), pp. 2739 y ss.*

Una de las mayores innovaciones introducidas por la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, fue la exigencia de profesionalidad agrícola en el arrendamiento rústico. Con ello, la figura del profesional de la agricultura se convierte en protagonista principal de la ley. Profesional de la agricultura puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, pero el trabajo se limita al estudio del primer supuesto, toda vez que su objetivo es la comparación entre el profesional de la agricultura y el cultivador personal (categoría sólo aplicable a las personas físicas).

51. SERRANO ALONSO, Eduardo: *El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988, «Actualidad Civil», núm. 8, 1989 (141), pp. 513 y ss.*

5. DERECHO DE COSAS. DERECHO HIPOTECARIO Y REGISTRAL

52. AGUDO RUIZ, Alfonso: *Observaciones en torno a la «auctoritas» en la «usucapio», «RGLJ», enero, 1988, pp. 67 y ss.*

Después de los importantes esfuerzos dedicados por la romanística a la interpretación de la «auctoritas» en la Ley de las XII Tablas y en la Ley Atinia, puede parecer estéril —señala el autor— volver de nuevo sobre este tema. Nuestro propósito —añade— no es dar solución nueva a los múltiples problemas que plantea, sino algo mucho más modesto: recopilar las teorías fundamentales y decantarnos, si ello es posible, por aquella que nos parezca más aceptable a la vista de los testimonios de las fuentes.

53. ARANA DE LA FUENTE, Isabel: *Viabilidad del juicio de desahucio por precario entre comuneros. Comentario a la SAP de Bilbao de 31 de diciembre de 1987*, «Poder Judicial», núm. 12, diciembre, 1988, pp. 121 y ss.

54. ARESTI GUTIERREZ, Enrique: *La protección jurídica de los programas de ordenador en España, a través del Derecho de autor, del Derecho de patentes y del Derecho penal*, «La Ley», 3 de enero de 1989.

El autor llega a la conclusión de que las disposiciones de la nueva Ley de Propiedad Industrial, y las del Código Penal revisado, sobre protección de los programas de ordenador, son acertadas y constituyen un fundamento sólido, para llevar a cabo una defensa eficaz de los derechos de los creadores de programas. Igualmente que se trata de una reglamentación perfectamente coherente con las orientaciones expuestas por la Comisión de las Comunidades Europeas, en su libro verde sobre el Copyright, que dará en un futuro próximo origen a una Directiva de armonización de las leyes nacionales de los Estados miembros, sobre protección de los programas de ordenador.

55. BENITEZ DE LUGO, Félix: *Entidades de gestión de la propiedad intelectual*, «RDP», septiembre, 1988, pp. 779 y ss.

Estudio de las Entidades de Gestión de la Propiedad Intelectual, que nace, como se indica en la Exposición de Motivos de la nueva Ley, teniendo en cuenta la evolución del Derecho comparado y para dedicarse a la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual.

56. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.ª: *Calificación registral de los préstamos hipotecarios. Bases para la fijación de un criterio unitario*, «RCDI», núm. 589, noviembre-diciembre, 1988, pp. 1793 y ss.

La primera parte del trabajo está dedicada al estudio de los principios generales, en concreto, de la naturaleza jurídica de la garantía. En la segunda parte, se realiza una sinopsis de pactos, cláusulas y obligaciones inscribibles, reflejando la postura jurisprudencial y la opinión de la doctrina en un sencillo esquema dirigido a hacer posible conjugar, a efectos prácticos, la claridad con el casuismo, sentando las bases para un criterio unitario en la calificación de los préstamos hipotecarios.

57. DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel: *El Derecho de Aguas en Canarias. Crónica de un conflicto*, «La Ley», 22 de noviembre de 1988.

En el archipiélago canario se viene produciendo, desde hace algún tiempo, un interesante y enrevesado proceso de transformación legislativa, uno de cuyos últimos hitos ha sido el Auto del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, a cuya virtud el Derecho de Aguas tradicional canario recupera provisionalmente su vigor, quedando aplazada la Ley de Aguas territorial aprobada el 5 de mayo de 1987, a la espera de la solución definitiva del problema de base (aplicación o no del demanio hidráulico estatal en Canarias) y de un nuevo Proyecto de Ley de Aguas.

58. GARCIA AMIGO, Manuel: *Propuesta de Resolución por la que se solicita a la Comisión y al Consejo de las Comunidades Europeas una Directiva que regule el régimen de multipropiedad en los Estados miembros*, «Actualidad Civil», núm. 39, 1988 (734), pp. 2405 y ss.

59. GONZALEZ PORRAS, José Manuel: *Sobre la hipoteca en garantía de letras de cambio y algunos de sus problemas*, «Actualidad civil», núm. 43, 1988 (802), pp. 2675 y ss.

La doctrina, tanto de los autores como la jurisprudencia emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado —señala el autor—, ha puesto de relieve la escasa regulación normativa que nuestras leyes hipotecarias y registrales dedican a la figura de la hipoteca de garantía de letras de cambio y, en general, a la hipoteca de títulos valores, lo que, sin duda, constituye en la vida práctica, muy especialmente en la relación entre los interesados y el Registro, un constante semillero de cuestiones y problemas, pues no se puede olvidar, antes hay que recordar, que hoy el crédito hipotecario, en su variedad multiforme a veces excesiva y peligrosa, está más vivo que en ningún otro momento.

60. GUAL DE SOJO, Adriá: *La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987. Estudio crítico* (I), «RJC», 1988 (4), pp. 877 y ss. (II), «RJC», 1989 (1), pp. 37 y ss.

En la primera parte del trabajo se estudian los siguientes temas: «nomen juris» y naturaleza jurídica; derecho de autor (sujeto, objeto y contenido); duración y límites, y, por último, el dominio público. La segunda parte está dedicada al estudio de las siguientes cuestiones: contrato de representación teatral y ejecución musical; obras cinematográficas y demás obras teatrales; programas de ordenador; otros derechos de propiedad intelectual; protección de los derechos reconocidos en la ley (acciones y procedimientos y Registro de la Propiedad Intelectual); entidades de gestión de los derechos reconocidos en la ley, y, por último, ámbito de aplicación de la ley.

61. JUFRESA PATAU, Francesc de P.: *El fundamento constitucional del derecho de autor*, «La Ley», 6 de diciembre de 1988.

En el estudio se defiende la idea de que el artículo 20.1 b) CE es el único fundamento constitucional del derecho de autor y, como consecuencia, que la Ley de Propiedad Intelectual debió haberse aprobado con los trámites y rango de Ley Orgánica. Habiendo ya transcurrido el plazo para plantear recurso de

inconstitucionalidad contra dicha norma sin que tal recurso haya sido interpuesto, entiende el autor del trabajo que sólo el Tribunal Constitucional, por las vías siguientes del recurso de amparo o de la cuestión de inconstitucionalidad, podrá arrojar luz definitiva sobre esa cuestión y resolver el tema del fundamento constitucional del derecho de autor.

62. LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique: *Adquisición de la posesión de bienes hereditarios*, «RGLJ», febrero, 1988, pp. 159 y ss.

Estudio dedicado específicamente a las cuestiones que suscita la adquisición de la posesión de bienes hereditarios, cuyo régimen, en nuestro Código civil, se contiene principalmente en los artículos 440, 442, 1.934 y 1.960, regla 1.^a Analiza el contenido y significado de cada uno de estos preceptos y delimita su respectivo ámbito de aplicación, como ineludible tarea previa para determinar la naturaleza y efectos de la posesión atribuida por la ley a los herederos.

63. MUÑOZ ROJAS, Tomás: *Perfiles de la Propiedad Intelectual*, «Actualidad Civil», núm. 29, 1988 (557), pp. 1805 y ss.

Reflexiones sobre la reciente ley que pretende la modernización y actualización del régimen jurídico de la propiedad intelectual mediante la regulación de los correspondientes derechos, deberes y aspectos civiles, administrativos y registrales de la referida realidad.

64. OLLERO TASSARA, Andrés: *Derechos de autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate*, «Poder Judicial», núm. 11, septiembre, 1988, pp. 31 y ss.

Reflexiones sobre la nueva Ley de Propiedad Intelectual y su gestación parlamentaria. Aventura el autor, como primera impresión, que mientras las reivindicaciones en juego fueron contempladas con notable celo, hasta prestar al texto en más de una ocasión una agobiante prolijidad, los problemas jurídicos básicos, que la doctrina lleva décadas discutiendo, parecen haber sido tenidos en cuenta sólo lo indispensable para eludirlos cuidadosamente.

65. OROZCO PARDO, Guillermo: *Competencias, en materia de propiedad intelectual de las Comunidades Autónomas*, «Actualidad Civil», núm. 30, 1988 (572), pp. 1853 y ss.

Dos importantes cuestiones han saltado a la palestra merced a la aprobación de la nueva Ley de Propiedad Intelectual. Se trata, en primer lugar, de la facultad que poseen las Comunidades Autónomas para solicitar del Juez la publicación de una obra, tras la muerte de su autor, cuando la persona física o jurídica legitimada para decidirlo, se niega a hacerlo vulnerando así lo establecido en el artículo 44 CE. En segundo lugar, una cuestión polémica: las competencias de las Comunidades Autónomas en cuanto a la creación y control de las Entidades de Gestión de los derechos de autor.

66. PEREZ DE LEMA MUNILLA, Antonio: *La publicidad registral y la legislación de cooperativas*, «RCDI», núm. 589, noviembre-diciembre, 1988, pp. 1845 y ss.

El trabajo está dividido en tres grandes apartados. En el primero de ellos se examina la sucesiva y variada normativa que sobre publicidad de cooperativas ha producido nuestra historia legislativa más reciente. En el segundo se estudia el sistema de publicidad vigente, con especial referencia a la Ley General de Cooperativas. En el tercero y último, se propone una nueva solución para el futuro: el retorno de las sociedades cooperativas al Registro Mercantil.

67. PISANI, Donald J.: *Un enfrentamiento de culturas: la influencia española en el Derecho de aguas de los Estados Unidos de América*, «RDP», octubre, 1988, pp. 894 y ss.

68. ROGEL VIDE, Carlos: *De los límites a las infracciones del derecho de autor en España*, «La Ley», 20 de enero de 1989.

Los derechos de los autores tienen los límites y cargas propios de cualquier derecho subjetivo; los que juegan para la propiedad en particular, y, en fin, los suyos específicos propios, contemplados y regulados en la Ley de Propiedad Intelectual. Sobre ellos se reflexiona en el trabajo.

69. RODRIGUEZ GARCIA, Carlos Javier: *Retroprogresismo jurídico y nuevos perfiles del derecho de superficie*, «Actualidad Civil», núm. 47, 1988 (884), pp. 2935 y ss.

Ante el análisis de esta figura «estructuralista», que trata de aunar controversias, observamos —señala el autor— cómo el derecho de superficie es utilizado, fundamentalmente, cuando se trata de construcciones verdaderamente importantes desde un punto de vista económico, cuyo valor está previamente calculado en función de lo que actualmente se hace (hoy, se suele tasar la amortización de un edificio en 40 o 50 años como máximo), ya que el propietario del suelo quiere reservarse siempre «ese poder de renovar» y utilizar después, inmobiliariamente, el propio suelo (ya que, normalmente, estos edificios suelen estar muy bien situados en las ciudades).

70. SALVADOR CODERCH, Pablo, y SANTDIUMENGE FARRE, Josep: *La acción negatoria. Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987*, «Poder Judicial», núm. 10, junio, 1988.

71. SEQUEIRA MARTIN, Adolfo J.: *Aproximación al concepto de publicidad registral y su eficacia*, «RCDI», núm. 589, noviembre-diciembre, 1989, pp. 1863 y ss.

La primera parte del trabajo está dedicada a la delimitación de la publicidad registral: nociones generales sobre publicidad; la publicidad legal en sentido estricto y su delimitación con respecto a figuras afines; la publicidad y la seguridad jurídica: su incidencia en el tráfico jurídico; la publicidad registral y la aparien-

cia; la publicidad registral y la relación jurídico-registral. En la segunda parte se estudian los principios registrales y la situación jurídico-registral: problemas terminológicos; delimitación del concepto, y, por último, precisiones en torno a la significación de la relación jurídico-registral.

72. YSAS SOLANES, María: *Derecho de Cataluña. Usufructo: «salva rerum substantia» (Extinción. Usucapión.) Comentario a la STS de 18 de febrero de 1988, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 97 y ss.*

6. DERECHO DE FAMILIA

73. AA.VV.: *La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, «RGLJ», núm. 5, noviembre, 1987, pp. 737 y ss.; núm. 6, diciembre, 1987, pp. 897 y ss.*

La «RGLJ» recoge los trabajos de varios juristas sobre distintas vertientes de la reforma de la regulación legal de la adopción en nuestro Derecho. En el número de noviembre se insertan tres artículos, precedidos de una presentación del profesor García Cantero: el del profesor Arce Flórez-Valdés sobre aspectos generales del nuevo régimen; el del académico y profesor Prieto-Castro, sobre el nuevo régimen procesal de la adopción, y el del profesor Díaz Moreno, sobre el impedimento canónico de parentesco legal. En el número 6, correspondiente al mes de diciembre, se publican otros tres estudios: el de la profesora Bouza Vidal, sobre la proyección de la reforma de adopción en el campo del Derecho internacional privado; el del Conde de Borrajeiros, sobre los derechos nobiliarios de los hijos adoptivos, y el de la profesora De la Haza, sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español.

74. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Protección legal de la vivienda familiar, «RCDI», núm. 588, septiembre-octubre, 1988, pp. 1583 y ss.*

Los ordenamientos jurídicos vienen dando cada vez más importancia al domicilio conyugal, por entender que él constituye el aspecto real del principio de conservación de la familia como ente real. Esa idea se plasmó definitivamente en la Ley de 13 de mayo de 1981, reformadora de un gran conjunto de preceptos de nuestro Código civil. Lo cual se llevó a efecto mediante tres grupos de normas referentes: unas, a la permanencia de la vivienda como domicilio conyugal en situaciones excepcionales de la familia; otras, dedicadas a evitar que la vivienda habitual de la familia pueda ser despojada de ese hecho, en perjuicio de la misma, por actuaciones sólo queridas por uno de los cónyuges, y otras dedicadas a conceder un derecho de adquisición preferente, en cuanto al piso que constituya la vivienda habitual de la familia, al cónyuge sobreviviente, continuador único de la unidad familiar nuclear, cuando este piso forme parte de la masa ganancial partible entre ese cónyuge y los herederos del premuerto.

75. DE LA HAZA, Pilar: *La transmisión «mortis causa» de la pensión de separación y de divorcio, «Actualidad civil», núm. 23, 1988 (609), pp. 1949 y ss.*

El trabajo está dirigido a determinar qué sucede con la deuda cuando el cónyuge obligado a pagar la pensión fallece; el tema viene regulado en el párrafo 2 del artículo 101 del Código civil, si bien antes del análisis de este precepto se lleva a cabo una referencia a la normativa francesa e italiana en este punto, como muestra de dos soluciones claras y posibles al tema de la incidencia de la muerte del deudor sobre el derecho de crédito del beneficiario de la pensión.

76. GARCIA Y GARCIA, Inmaculada: *Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español*, «La Ley», 23 de diciembre de 1988.

En el trabajo se llega, entre otras, a la conclusión de que la institución del acogimiento de menores goza de la naturaleza jurídica propia de los negocios típicos de Derecho de familia —acto constitutivo—, naturaleza que es compatible con la existencia de un acto de autoridad del Estado —administrativo o judicial— que permite su válida y eficaz constitución. Como situación, es una relación jurídica típica de Derecho de familia que constituye derechos y obligaciones recíprocos entre acogentes y acogidos.

77. HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmen: *La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida. Consideraciones en torno a la fecundación «post mortem» y a la maternidad subrogada*, «Actualidad Civil», núm. 48, 1988 (907), pp. 3027 y ss.

Dentro de la fecundación asistida, tema ya de por sí muy debatido, hay dos situaciones muy controvertidas que son la fecundación artificial «post mortem» y la maternidad subrogada. Ambos fenómenos despiertan una gran polémica, no sólo a nivel doctrinal, sino también en el ámbito de los trabajos e informes legislativos.

78. LLEDO YAGÜE, Francisco: *Institución de «litis consorcio» pasivo necesario en el ejercicio de acciones contradictorias de dominio en un bien inscrito de naturaleza ganancial. Comentario a la STS de 4 de abril de 1988*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 283 y ss.

79. MUÑOZ ROJAS, Tomás: *Perspectiva judicial del acogimiento y de la adopción*, «Actualidad Civil», núm. 9, 1989 (156), pp. 577 y ss.

En el trabajo se exponen algunos puntos relacionados con los expedientes de la jurisdicción voluntaria, singularmente con el de acogimiento y guarda de menores y con el de adopción, en los que confluyen y se entrelazan las facetas jurídicas sustantivas o primarias y las estrictamente formales.

80. PUIG I FERROL, Lluís: *Dret de Família i Dret català*, «RJC», 1989 (1), pp. 9 y ss.

En trabajo contiene un análisis de lo que ha sido el desenvolvimiento del Derecho civil catalán en estos últimos años, tomando como punto de partida la actual Constitución, seguida de los correspondientes Estatutos de Autonomía,

especialmente el del año 1979. Aborda, en concreto, los siguientes temas: el Derecho civil de Catalunya desde los Decretos de Nueva Planta hasta la codificación civil; la Constitución republicana de 1931; la Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960; el Derecho civil español en el contexto del Estado de las Autonomías; la recuperación de la potestad legislativa en materia de Derecho civil; la adaptación del Derecho civil catalán a la problemática actual; los principios generales del Derecho civil catalán, y, por último, los principios generales del Derecho civil catalán y la reforma de este Derecho: la equiparación jurídica de los hijos, el divorcio y las segundas nupcias y la protección del consorte superviviente o divorciado.

81. RICO PEREZ, Francisco: *La posesión del Estado de Filiación. En torno a la STS de 17 de marzo de 1988* (I) «Actualidad Civil», núm. 33, 1988 (626), pp. 2029 y ss. (II) «Actualidad Civil», núm. 34, 1988 (646), pp. 2093 y ss.

82. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: *Filiación matrimonial; presunción de paternidad; inscripción de filiación en expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo: requisitos. Comentario a la RDGRN de 25 de noviembre de 1987*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 41 y ss.

83. RODRIGUEZ MATEO, Pilar: *La nueva orientación de la adopción internacional en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, «La Ley», 4 de octubre de 1988.

El análisis impone una sistematización en la que se mencionan por separado dos planos, sin perjuicio de las interrelaciones que pueden apreciarse entre ellos. Tales planos se concretan en el régimen de la constitución de la adopción con especial referencia a las competencias de los Cónsules españoles para las adopciones realizadas en el extranjero, y el relativo a sus efectos, que se articula a través de una norma de conflicto que nos remite a la ley personal de hijo. Tanto en uno como en otro plano el articulado de la nueva ley resalta la necesaria primacía del interés del menor, principio que inspira todas las garantías que acompañan al procedimiento de adopción.

84. ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a: *Problemática procesal de los juicios matrimoniales* (III) «Actualidad Civil», núm. 41, 1988 (763), pp. 2537 y ss. (IV) «Actualidad Civil», núm. 42, 1988 (786), pp. 2606 y ss.

En el trabajo se estudia, en primer lugar, el juicio incidental de separación, divorcio y nulidad de matrimonio: la disposición adicional quinta de la Ley de Reforma Matrimonial. En segundo lugar, el juicio por mutuo acuerdo o consensual de separación y de divorcio: disposición adicional sexta de la ley. En tercer lugar, el juicio declarativo para la nulidad del matrimonio: disposición adicional séptima de la Ley de Reforma.

85. ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a: *El reconocimiento en España de las resoluciones y sentencias extranjeras*, «Actualidad Civil», núm. 7, 1989 (125), pp. 461 y ss.

Estudio sobre el reconocimiento de las sentencias extranjeras firmes en materia de separación, nulidad y divorcio.

86. SERRANO ALONSO, Eduardo: *Aspectos de la fecundación artificial*, «Actualidad Civil», núm. 6, 1989 (107), pp. 385 y ss.

El texto definitivo de la Ley de Reproducción Asistida difiere sustancialmente del provisional recogido en la Proposición de Ley de mayo de 1987 y puede ser calificado como complejo y no siempre claro; regula aspectos médicos, sanitarios, meramente administrativos y burocráticos y jurídicos. A estos últimos se dedica con carácter exclusivo la exposición del autor.

7. DERECHO DE SUCESIONES

87. AMERIGO CRUZ-CABALLERIA GOMEZ Y TORRES ESCAMEZ, *El impuesto sobre sucesiones y donaciones. Sus relaciones con los de sociedades, renta y patrimonio*, «RDN», núms. 137-138, julio-diciembre, 1987, pp. 323. y ss.

88. COBACHO GOMEZ, José Antonio: *La institución a favor de los pobres*, «Actualidad Civil», núm. 38, 1988 (717), pp. 2333 y ss.

Examen de la regulación de la herencia a favor de los pobres contenida en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Regulación que plantea cuestiones de interés como la condición de herederos o legatarios de los pobres; el papel de albaceas legales que parecen reservarse al Párroco, al Alcalde y al Juez; el problema de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, y las actuaciones que deben llevarse a cabo por los encargados de cumplir la voluntad del testador.

89. ISAC I AGUILAR, Antonio: *Interpretación de una cláusula testamentaria que contiene dos sustituciones vulgares. Medios de interpretación de que dispone el Registrador de la Propiedad calificante. Necesidad de entrega del prelegado de cosa específica cuando hay más de un heredero interesado en la herencia. Comentario a la RDGRN de 25 de septiembre de 1987*, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 29 y ss.

90. LINARES NOCI, Rafael: *La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981*, «RCDI», núm. 588, septiembre-octubre, 1988, pp. 1491 y ss.

El legislador de 1981 se decidió a dar una nueva formulación totalmente novedosa al artículo 814 del Código civil. Decisión que se justifica, y así se constata en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, no tanto por las insuficiencias que, en la regulación de esta materia había puesto de manifiesto la doctrina, sino, fundamentalmente, por la ampliación de la cualidad de legitimarios a sujetos que con anterioridad no la tenían y el previsible aumento, que ello podía comportar, del número de pretericiones testamentarias. La nueva formulación del mencionado precepto, lleva al autor a analizar el alcance que, para el instituto de la preterición contemplado en el Código civil, la misma ha venido a representar.

91. MIRALLES GONZALEZ, Isabel: *Reclamación de legítima y de sus intereses. Comentario a la STS de 4 de febrero de 1988, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 91 y ss.*

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

92. FELIU REY, Manuel Ignacio: *El nombre civil como aportación social, «RDP», diciembre, 1988, pp. 1081 y ss.*

El interés del autor del trabajo se centra en la hipótesis en la cual los derechos de la personalidad constituyen un límite a la actividad empresarial. Es, en general, el problema relativo al uso por parte de los terceros de los derechos de la personalidad en la explotación de la actividad comercial. El tema se centra en el aspecto relativo al uso, como signo distinto, del nombre de una persona distinta del titular de dicho signo y, por tanto, los límites que encuentra quien utiliza tal signo como consecuencia de la existencia del otro derecho al nombre civil.

93. GONZALEZ POVEDA, Pedro: *Normas procesales de la Ley de Patentes, «La Ley», 27 de diciembre de 1988.*

Análisis de los preceptos que la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, contiene en su Título XII, bajo la rúbrica de «Jurisdicción y norma procesales» (artículos 123 a 142), dedicados a regular el procedimiento para hacer valer las acciones judiciales establecidas en su articulado.

94. MENDEZ CASTRILLON, José M.^a: *Aproximación a la idea del Registro Mercantil Informativo Central. Estructura, contenido, funcionamiento y efectos. El «Boletín Oficial del Registro Mercantil», «RCDI», núm. 588, septiembre-octubre, 1988, pp. 1627 y ss.*

Uno de los aspectos más interesantes de la próxima reforma del Derecho mercantil, tanto desde el punto de vista estrictamente registral como desde el jurídico material, está constituido por el denominado en el argot jurídico REMI, o Registro Mercantil Informativo Central, y su consecuencia más importante, el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», en anagrama «BOREM». Para ofrecer una idea aproximada de lo que el REMIC significa y en vista de los trabajos llevados a cabo por la Comisión que en la DGRN estudió este tema, el autor divide la exposición en cuatro apartados: estructura, contenido, funcionamiento y efectos.

95. MONTON REDONDO, Alberto: *Situaciones jurídicas de controversia en la Propiedad Industrial, «La Ley», 27 de septiembre de 1988.*

La regulación jurídica de las patentes de invención, modelos de utilidad y otras modalidades de la propiedad industrial, contenida en la Ley de 20 de marzo de 1986, incluye normas de orden sustantivo o material en relación con el régimen de su concesión y utilización, y normas procesales tendentes a la adecuada protec-

ción de los derechos surgidos como su consecuencia. Ello nos viene a determinar que las garantías procesales configuradas por la Ley de referencnia, sean, en principio, de aplicación exclusiva a las situaciones litigiosas que, de la aplicación de sus preceptos, pudieran derivarse. En esta situación tiene interés determinar no sólo cuales son precisamente las situaciones de litigioso a las que se estiman de aplicación las precisiones procesales de la nueva Ley, sino cuáles son, en su caso, las posibles particularidades que las rodean.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

96. AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xabier: *Validez de la Junta General de la Sociedad Anónima con convocatoria irregular y falta de «quorum». Comentario a la STS de 7 de abril de 1987*, «RJC», 1988 (4), pp. 1036 y ss.

97. CANO FERNANDEZ, Emiliano: *Algunos aspectos de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el Registro de la Propiedad*, «RCDI», núm. 587, julio-agosto, 1988, pp. 1277 y ss.

Análisis de una serie de cuestiones, de diversa naturaleza, provocadas por la posible reforma de la Ley de Sociedades Anónimas, dividido, a efectos de exposición, en cuatro partes: la primera para un estudio somero de algunos preceptos generales del anteproyecto. La segunda para los actos realizados en nombre de la sociedad antes de la inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Sigue la correspondiente a aquellas cuestiones que surgen en el momento del otorgamiento de la escritura, para cerrar la última el proceso expositivo con las cuestiones planteadas después de constituida la sociedad. En todas ellas se examina la repercusión que tienen en el Registro de la Propiedad.

98. DUQUE DOMINGUEZ, Justino F.: *La fusión en el Proyecto de Reforma del Derecho de las Sociedades de Capital y su comparación con el Derecho comunitario de la Tercera Directiva*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 32, octubre-diciembre, 1988, pp. 719 y ss.

Se trata de un estudio riguroso y detallado de la armonización del Derecho español con la Tercera Directiva sobre fusiones. Para el autor, la nueva disciplina de la fusión, contenida en el Proyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades (BOCG, Congreso de los Diputados, de 22 de abril de 1988), implanta en nuestro país «un régimen coherente, dedicado sobre todo a proteger los intereses de los accionistas mediante una información más abundante y digna de crédito». Esta acentuación de la protección de los accionistas que se ven inmersos en el proceso de fusión de las sociedades a que pertenecen, no es —en el parecer de Duque— desmentida por la desaparición con carácter general del Derecho de separación, ya que éste puede considerarse subsistente cuando la fusión implique una transformación del tipo social y cuando exista un cambio de objeto social, es decir, en los casos en que la permanencia del accionista en la sociedad resultante de la fusión puede, por sí sola, ocasionarle riesgos que no debe estar obligado a soportar.

Globalmente, la normativa proyectada merece para el autor un juicio positivo. No obstante, advierte también algunas deficiencias, que todavía pueden ser subsanadas. Una nota preliminar recoge los materiales utilizados por el profesor Duque para la redacción de este interesante trabajo (J. C. M.).

99. EMBID IRUJO, José Miguel: *Regulación mercantil de los grupos de sociedades*, «La Ley», 3 de febrero de 1989.

En el trabajo se analizan, en primer lugar, los principios de ordenación de las uniones de sociedades. En segundo lugar, los grupos de sociedades como expresión de la concentración empresarial; sus elementos. En tercer lugar, la regulación jurídica de los grupos. En cuarto lugar, por último, la situación de los grupos de sociedades en el Derecho español.

100. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: *Ampliaciones de capital con cargo a cuentas de actualización. Calificación registral*, «RCDI», núm. 587, julio-agosto, 1988, pp. 1257 y ss.

Las operaciones de capitalización del saldo de las cuentas de actualización son relativamente frecuentes, y presentan una serie de problemas que merecen algún estudio, particularmente los referidos a precisar cuáles son los requisitos cuya concurrencia debe exigir el Registrador y están sujetos a su calificación.

101. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio: «*Quorum*» estatutario y abstencionismo. *La paralización de la Junta General como causa de la disolución de la Sociedad Anónima. Consideraciones en torno a la STS de 12 de noviembre de 1987*, «Poder Judicial», núm. 10, junio, 1988, pp. 103 y ss.

102. GARCIA DE ENTERRIA LORENZO-VELAZQUEZ, Javier: *Las obligaciones convertibles en acciones ante la reforma del Derecho de sociedades*, «Revista de Derecho Mercantil», núms. 185-186, julio-diciembre, 1987, pp. 263 y ss.

Se aborda en este trabajo el estudio de las normas dedicadas por el «Proyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades» a la regulación de las obligaciones convertibles en acciones.

Comienza el autor analizando las peculiaridades de las formas de emisión de obligaciones convertibles utilizadas en España. La frecuente introducción de relaciones de conversión variables contrasta con el mecanismo propio de estos títulos en la práctica de los países de nuestro entorno. García de Enterría considera tarea difícil dar cuenta de las causas que han llevado a las sociedades españolas a recurrir a relaciones de conversión variables y no a relaciones fijas, cuando es ésta la fórmula empleada en los mercados mobiliarios más evolucionados. Pero apunta que el motivo fundamental puede encontrarse en la prohibición en nuestro mercado bursátil de las operaciones a plazo. En todo caso, la utilización heterodoxa de las obligaciones convertibles, hasta ahora habitual entre nosotros, es incompatible con la normativa contenida en el Proyecto. Por esta razón, y aunque la disciplina proyectada no viene en este punto impuesta por las directivas comunitarias, la nueva regulación de las obligaciones convertibles representa un avance

en el proceso de acercamiento de nuestra realidad societaria a la del resto de los países comunitarios (J. C. M.)

103. GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: *La reforma del Derecho de Sociedades de capital y las facultades del órgano de administración*, «La Ley», 7 de octubre de 1988.

En primer lugar se analizan las relaciones entre las Directrices de la Comunidad Europea y la reforma en curso del Derecho de Sociedades. En segundo lugar se estudia el criterio de la doctrina al respecto. En tercer lugar, por último, el autor realiza algunas consideraciones de carácter práctico que orientan al estudio y dan perspectivas cara al futuro.

104. GIRON TENA, José: *Las reformas varias, pendientes y andantes, de la Sociedad Anónima en España*, «La Ley», 17 de enero de 1989.

Están en curso —explícitos unos, previsto o implícitos otros— varios procesos legislativos reformadores de la Sociedad Anónima, aunque en el sentir generalizado parece que fuese uno solo el que constituyera la «reforma»: el Proyecto de Ley núm. 121/000081 titulado «Reforma parcial y adaptaciones de la legislación mercantil a las Directrices de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades», que se tramita en las Cortes. Aquéllos y éste son objeto de reflexión en el trabajo.

105. LANZAS GALVACHE, Joaquín: *Juntas Ordinarias. Artículos 49, 50 y 51 de la Ley de Sociedades Anónimas*, «RCDI», núm. 589, noviembre-diciembre, 1988, pp. 1899 y ss.

Estudio de las Juntas Generales Ordinarias previstas en la Ley de Sociedades Anónimas, es decir, de la Junta General Ordinaria legal a que se refiere el artículo 50 de la Ley y de las otras, igualmente ordinarias, que el autor denomina estatutarias, por venir impuestas por los Estatutos.

106. MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio: *Emisión de obligaciones por una sociedad española en el extranjero y su inscripción en el Registro Mercantil español*, «RCDI», núm. 587, julio-agosto, 1988, pp. 1247 y ss.

El estudio aborda dos cuestiones principales: la primera, saber si la emisión de obligaciones realizada por una Sociedad española en país extranjero y con expresa sumisión al ordenamiento de ese país encuentra o no algún obstáculo en el Derecho español. La segunda, el régimen normativo aplicable a la inscripción en el Registro Mercantil español de la emisión de obligaciones realizada en país extranjero, toda vez que el Reglamento del Registro Mercantil no contiene ninguna norma que contemple de modo específico tal supuesto.

107. PAU PEDRON, Antonio: *La agrupación europea de interés económico: naturaleza, función y régimen*, «RCDI», núm. 587, julio-agosto, 1988, pp. 1181 y ss.

A la luz del reglamento sobre agrupación europea de interés económico, de 1985, el autor analiza la naturaleza jurídica de esta figura; su función y caracteres

en el contexto del Derecho comunitario y los Derechos europeos; el régimen jurídico de la agrupación europea de interés económico; por último, el alcance de los reenvíos al Derecho nacional. El trabajo se completa con una exhaustiva referencia a la bibliografía monográfica existente sobre la figura objeto de estudio.

108. POLO, Eduardo: *Ambito del poder de representación de los administradores de Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada en el Proyecto de Ley de Reforma*, «RJC», 1988 (4), pp. 847 y ss.

Análisis y valoración del Proyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, en lo relativo al ámbito del poder de representación de los administradores de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Se estudia, en primer lugar, el vigente marco dogmático-jurídico de la cuestión; en segundo lugar, el artículo 9 de la Directiva de 9 de marzo de 1968, y, en tercer lugar, por último, la reforma de los artículos 76 de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la Ley de Sociedades de Reforma Limitada.

109. RUEDA MARTINEZ, José Alejo: *El derecho de información en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, «Revista de Derecho Mercantil», núms. 185-186, julio-diciembre, 1987, pp. 303 y ss.

El precepto contenido en el artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada («En la época y durante el plazo que señale la escritura social, los socios tendrán derecho a examinar las cuentas y el balance de cada ejercicio...»), precisa de una interpretación que determine el contenido y los límites del derecho de información del socio de la limitada. A la búsqueda de los criterios más adecuados para la fijación del alcance del derecho de información en la Sociedad de Responsabilidad Limitada se encaminan los esfuerzos del autor de este trabajo. Al respecto, considera Rueda Martínez «altamente ilustrativo exponer el tratamiento del problema en el Derecho comparado», dedicando a tal exposición una parte sustancial de su artículo. Tras un recorrido por las normas del Derecho italiano, del francés, del suizo, del belga, del argentino, del inglés, del alemán y del portugués, el autor regresa al punto de partida: las dudas planteadas por el precepto de nuestra Ley. Para su resolución no son útiles —en opinión de Rueda Martínez— las pautas interpretativas propuestas en la doctrina española (Solá Cañizares, Blanco Campaña, Carlón Sánchez, Pablo e Hilario Salvador Bullón); ninguna de ellas —dice— «se encuentra apoyada en argumentos definitivos». Una vez valoradas críticamente las posturas doctrinales anteriores, el autor expone la suya: «A las Sociedades Limitadas con escaso número de socios deben aplicárseles, en vía analógica, los preceptos del Código previstos para la colectiva, mientras que en las limitadas integradas por un considerable número de socios, se les aplicarían los artículos 65 y 110 de la Ley de Sociedades Anónimas, con lo cual quedaría recortado el derecho de información» (J. L. C. M.).

110. SAENZ GARCIA DE ALBIZU, Juan Carlos: *Sobre la competencia del Consejo de Administración para formular una OPA en la que se ofrecen títulos a emitir*, «La Ley», 20 de septiembre de 1988.

Recientemente, con ocasión de la OPA promovida por el Banco de Bilbao, las Juntas Sindicales de tres de las cuatro Bolsas del país tuvieron ocasión de manifestar su criterio adverso sobre este tema, mostrándose contrarias a reconocer competencia al Consejo de Administración de aquella entidad bancaria para formular una OPA de canje con títulos a emitir por entender que, en el supuesto examinado, el acuerdo de aumentar el capital y, en consecuencia, también de emitir las referidas acciones nuevas corresponde de forma exclusiva y libérrima a la Junta General. El innegable interés del tema y su actualidad no podían pasar desapercibidos a los ojos de nuestra doctrina.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

111. TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: *Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 32, octubre-diciembre, 1988, pp. 783 y ss.

El autor parte de la caracterización de los Fondos de Inversión Inmobiliaria como subtipo de los Fondos de Inversión Mobiliaria. Como éstos, tienden a procurar a quienes participan en ellos una limitación de los riesgos consustanciales a la inversión, posibilitando —a través de la entidad gestora— una administración eficaz de los recursos invertidos. En ambos casos, la colaboración entre sus miembros se articula mediante fórmulas distintas del contrato de sociedad. Pero las semejanzas no pueden llevar a olvidar que los Fondos de Inversión Mobiliaria presentan caracteres peculiares. Aunque el espíritu general de la Ley de 26 de diciembre de 1984, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, permite extender su aplicación a los Fondos de Inversión Inmobiliaria, aquellas peculiaridades conducen al autor a postular un régimen jurídico propio, para cuya formulación podría servir de modelo el «Decreto-Ley» portugués, núm. 229-C, de 4 de julio de 1988, donde se contiene una regulación específica de esta nueva forma de acceso indirecto a la propiedad financiera.

Este artículo constituye la versión corregida en castellano de la Ponencia presentada en inglés por el autor al «Convegno Internazionale» sobre «I Fondi Comuni Immobiliari» celebrado en la Universidad de Pavía el día 22 de octubre de 1988 (J. C. M.).

4. CONTRATOS MERCANTILES

112. FORASTER SERRA, Miguel: *La Tasa anual equivalente en las operaciones bancarias*, «La Ley», 11 de octubre de 1988.

Dentro del proceso de liberalización económica en que está inmerso nuestro país, y como contrapartida a la libertad contractual otorgada en el caso de la determinación de los tipos de interés y a la libertad unilateral otorgada a las entidades de depósito en el caso de las comisiones y valoraciones, en defensa de los clientes se han establecido ciertos requisitos formales para clarificar la operativa. Los requisitos formales de carácter general afectan a la publicidad de los tipos de intereses, comisiones y valoraciones aplicados; los requisitos formales

particulares inciden sobre la documentación contractual de la operación y la de su o sus liquidaciones, con tasación de los datos que deben contener, a efectos de evitar la indefensión del cliente. A los efectos de establecer un parámetro homologado que permita comparar el costo o producto de una determinada operación, se ha establecido la «Tasa anual equivalente» (TAE), que debe reflejarse necesariamente en las liquidaciones a las personas físicas.

113. VALENZUELA GARACH, Fernando: *La «seriedad» de las llamadas cartas de patrocinio*, «Revista de Derecho Mercantil», núms. 185-186, julio-diciembre, 1987, pp. 347 y ss.

El autor configura las cartas de patrocinio como garantía personal atípica. En su opinión, atendiendo al «efectivo contenido concreto de la declaración» de patrocinio las cartas tendrán en cada caso una diferente significación e intensidad como forma de garantía. Para Valenzuela Garach, la intención del emisor de una carta de patrocinio «sería perfectamente afín a la perseguida con las simples cartas de recomendación de que nos habla la parte final del artículo 568 de nuestro Código de Comercio». No obstante, esta similitud, el autor es partidario de una actitud de respeto de la atipicidad de las cartas de patrocinio. En consecuencia, un hipotético reconocimiento legislativo de la figura debe huir tanto de su asimilación a las garantías típicas como de la negación absoluta de su relevancia obligacional (J. C. M.).

5. DERECHO CAMBIARIO

114. GARCIA-CRUCES FERNANDEZ, José Antonio: *Letra de cambio. Interpretación del término «protesto» y carácter esencial de la notificación. Perjuicio de la letra por defecto en la notificación del protesto. Consecuencias para el Banco tenedor. Validez de la práctica del extorno. Eficacia transmisiva del contrato de descuento. Comentario a la STS de 21 de marzo de 1988, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 221 y ss.*

6. DERECHO CONCURSAL

115. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: *Modificación de la fecha de retroacción de la quiebra. Comentario a la STS de 17 de marzo de 1988, «CCJC», núm. 16, enero-marzo, 1988, pp. 197 y ss.*

III. DERECHO URBANISTICO

116. MARTIN MATEO, Ramón: *Economía, desarrollo, ecología y ordenación del territorio*, «RDU», núm. 110, octubre-noviembre-diciembre, 1988, pp. 13 y ss.

La ubicación del tema de las relaciones entre ecología, economía y desarrollo sobre la plantilla de la ordenación territorial constituye un planteamiento clásico,

pero no agotado del dilema que permanentemente se presenta a la sociedad industrial. La referencia física que la ordenación del territorio supone, trasciende a la aplicación al espacio de la variable económica con los ajustes demandados por la ecología por sus propias e intrínsecas características. Una reflexión global desapasionada sobre el tema debería exigir respuestas desde diversos puntos de vista, pero el trabajo se refiere exclusivamente a las provinientes de las ciencias sociales.

117. BASSOLS COMA, Martín: *Legislación urbanística de las Comunidades Autónomas y el Derecho de propiedad*, «RDU», núm. 110, octubre-noviembre-diciembre, 1988, pp. 23 y ss.

El enunciado del tema —señala el autor— puede ser desarrollado desde dos perspectivas: 1.^ª) a través del análisis concreto de la legislación positiva, es decir, a la vista de las leyes que hasta el momento han dictado las diversas Comunidades Autónomas, registrando la incidencia que efectivamente ha tenido dicha normativa en las regulaciones de la propiedad urbanística, y 2.^ª) en el marco de un estudio general y abstracto, desde la perspectiva constitucional, de la capacidad de incidencia de las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas en el derecho de propiedad. Sin perjuicio de atender a ambos aspectos, metodológicamente debe atenderse prioritariamente al segundo de los enfoques enunciados, por cuanto sólo a la vista de las conclusiones que obtengamos podremos enjuiciar la legislación hasta ahora producida —todavía parcial y que registra en este orden desarrollos no excesivamente innovadores— y atisbar los límites y posibilidades que se ofrecen a los legisladores autonómicos.

En el trabajo se analiza, en primer lugar, el problema de la uniformidad y diversidad en el Derecho urbanístico y su proyección en el régimen de la propiedad privada. En segundo lugar, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de marzo de 1987 sobre la propiedad agraria. En tercer lugar, la propiedad urbanística a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. En cuarto lugar, por último, panorama general de las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas: realizaciones y principios inspiradores.

118. CARCELLER FERNANDEZ, Antonio: *La organización institucional del planeamiento urbanístico en España: problemas y dificultades*, «RDU», núm. 110, octubre-noviembre-diciembre, 1988, pp. 83 y ss.

El autor llega, entre otras, a la conclusión de que a partir de 1956 el urbanismo se transforma en España en una ordenación no circunscrita al ámbito normativo, que es de la competencia de los Poderes Públicos. El urbanismo pasa a ser considerado como una función pública, y no una expectativa privada. Esta configuración se robustece y consagra en la Constitución de 1978.

119. CORELLA MONEDERO, José Mario: *Singularidades de la gestión en el sistema de actuación por expropiación*, «RDU», núm. 108, mayo-junio, 1988, pp. 77 y ss.

Entre las diversas formas de gestión (de una parte, formas de colaboración de los administrados en la actividad de la Administración, y formas de gestión

a través de entes instrumentales), en el trabajo se destacan dos figuras: la primera de ellas es la de creación de sociedades de gestión, sociedades anónimas de capita íntegramente municipal o empresas mixtas para la gestión urbanística y la concesión de la expropiación.

120. CUETO BULNES, José Luis, y G.-SOLANA y S. DE LA MAZA: *Las valoraciones urbanísticas*, «RDU», núm. 109, julio-agosto-septiembre, 1988, pp. 35 y ss.

En el trabajo se analizan, en primer lugar, la Ley 8/1987 del Parlamento Vasco sobre jurados territoriales de expropiación forzosa. En segundo lugar, los criterios de valoración en la Ley de Expropiación Forzosa y Ley del Suelo. En tercer lugar, las valoraciones en la Ley del Suelo y, en cuarto lugar, por último, las competencias autonómicas en materias de valoraciones.

121. DE JESUS SANCHEZ, M.^a Guadalupe, y LONGAS LAFUENTE, Antonio: *El instituto de la caducidad en las licencias de obras*, «RDU», núm. 109, julio-agosto-septiembre, 1988, pp. 107 y ss.

El examen detenido del instituto de la caducidad de la licencias, lleva a los autores a defender, entre otras cosas, la necesidad de su previsión legal, ya que ni el Texto Refundido de la vigente Ley del Suelo, ni el Reglamento de Disciplina Urbanística recogen la figura ni trasladan la competencia para fijar los plazos en que se producirá a los Municipios.

122. DE VICENTE DOMINGO, Ricardo: *Los perímetros de protección de los acuíferos subterráneos con incidencia en la ordenación urbanística*, «RDU», núm. 108, mayo-junio, 1988, pp. 95 y ss.

El trabajo está referido a una pieza del sistema administrativo de las aguas que tiene efectos sobre los planes de urbanismo: los perímetros de protección de acuíferos subterráneos previstos en los artículos 54 de la ley de Aguas y 173 del Reglamento de Aguas para defenderlos de actividades o instalaciones que pudieran afectarlo.

123. GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: *El medio ambiente. Un condicionante del planeamiento urbanístico, deficientemente regulado*, «RDU», núm. 108, mayo-junio, 1988, pp. 37 y ss.

Sostiene el autor la gran actualidad del tema del medio ambiente y su cada vez mayor influencia en la elaboración de los planes de urbanismo. Sin embargo, añade, la normativa por la que se rige tan delicada materia es hoy un perfecto caos, y por ello la desorientación es máxima. Ello sucede porque ni la Administración Central ni las Autonómicas han cumplido con el apartado 23 del artículo 149 de la Constitución.

124. MEILAN GIL, José Luis: *Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El Proyecto de Ley de Costas*, «RDU», núm. 108, mayo-junio, 1988, pp. 13 y ss.

El Proyecto de Ley de Costas, actualmente en su tramitación parlamentaria, contiene importantes novedades sobre el concepto de dominio público marítimo-terrestre y su régimen jurídico e introduce, por primera vez, la perspectiva del Estado autonómico en el tratamiento jurídico de la cuestión. A lo largo de los últimos lustros el debate doctrinal ha tenido lugar en el marco de un Estado unitario y centralizado. El discurso se ha centrado, por tanto, en la contraposición dialéctica dominio público natural y compatibilidad del dominio público con enclaves de propiedad privada. Desde la perspectiva del Estado compuesto diseñado por la Constitución de 1978, la cuestión adquiere una nueva faceta, que dialécticamente podría expresarse con la confrontación: dominio público estatal «versus» competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas.

125. ORTEGA GARCIA, Angel: *La legitimación de las obras públicas del Estado en el suelo no urbanizable*, «RDU», núm. 110, octubre-noviembre-diciembre, 1988, pp. 97 y ss.

126. PERALES MADUEÑO, Francisco: *Legislación urbanística y legislación sectorial. Un ejemplo: Proyecto de Ley de Costas*, «RDU», núm. 108, mayo-junio, 1988, pp. 115 y ss.

Reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Costas, que como señala el autor, afecta sustancialmente a dos materias que son competencia de las Comunidades Autónomas: las competencias en materia de puertos que no son de interés general y las competencias en materia de ordenación del territorio.

127. PORTO REY, Enrique: *De la conservación individualizada del patrimonio inmobiliario a su rehabilitación integrada en el planeamiento urbano*, «RDU», núm. 109, julio-agosto-septiembre, 1988, pp. 13 y ss.

En el trabajo se expone, de manera sucinta y esquemática, una aproximación al estudio de la evolución seguida por la sociedad española en el proceso de toma de conciencia colectiva o sensibilización ante la problemática de la conservación del patrimonio inmobiliario, en relación con los requisitos sociales para su solución a través de la generación de diferentes normativas jurídicas y técnicas, en cada momento histórico.

128. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F.: *La ordenación del territorio en las Comunidades Autónomas: los planes insulares canarios de ordenación*, «RDU», núm. 109, julio-agosto-septiembre, 1988, pp. 85 y ss.

Tras algunas reflexiones sobre ordenación del territorio y planeamiento urbanístico, el autor analiza la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, así como la funcionalidad de las leyes autonómicas sobre la materia. La última parte del trabajo está dedicada al estudio de la Ley canaria de 13 de marzo de 1987, reguladora de los planes de ordenación.

IV. DERECHO NOTARIAL

129. FOSAR BENLLOCH, Enrique: *La sujeción de las actividades profesionales de los notarios y ejecutores de la justicia al Impuesto del Valor Añadido (IVA). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de marzo de 1987. Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de los Países Bajos. Caso 235/1985, «RDN», núms. 137-138, julio-diciembre, 1987, pp. 373 y ss.*

130. GOMEZ-MARTINHO, Augusto: *El Notario y su función en el momento actual, especialmente en los países pertenecientes a la Comunidad Europea, «La Ley», 6 de septiembre de 1988.*

La figura del Notario —señala el autor— ni es anacrónica ni surge o pervive por mero capricho del legislador. El Notariado es una *creación social*, impuesta por la necesidad de proporcionar *seguridad jurídica* a las relaciones entre particulares.

V. DERECHO PROCESAL

131. ARMENTA DEU, Teresa: *El Tribunal Supremo de Baviera en la organización jurisdiccional de la República Federal de Alemania, «RJC», 1989 (1), pp. 63 y ss.*

La implantación de los Tribunales Superiores en las diversas Comunidades Autónomas precisa —desde la perspectiva de Derecho comparado y de experiencia histórica— la previa aportación de una serie de datos de los que normalmente se carece. El trabajo, dedicado al análisis del Tribunal Supremo de Baviera, persigue contribuir a rellenar dicha laguna. La exposición se divide en cuatro apartados: los dos primeros dirigidos a facilitar la comprensión del significado del mencionado Tribunal (único que se ha implantado en los once Estados federados), en el contexto de la organización jurisdiccional alemana y en el histórico. El tercero y el cuarto entran ya de lleno en los aspectos más técnicos del nombramiento de los miembros del Tribunal y en las competencias que le han sido atribuidas, con una especial referencia a las estadísticas que recogen su actividad en los últimos años.

132. BURGOS LADRON DE GUEVARA, Juan: *Consideraciones del principio de prueba y de la legitimación «ad causam», «La Ley», 25 de octubre de 1988.*

133. CARRERAS DEL RINCON, Jorge: *Las «litis-expensas», «RJC», 1989 (1), pp. 105 y ss.*

Estudio sobre las «litis-expensas», instituto que, en opinión del autor, tiene su fundamento y razón de ser en la necesidad de garantizar el acceso a los tribunales de quienes no poseen medios para hacer frente a las costas procesales, y se ven impedidos, en cambio, por imperativo legal, de acceder al beneficio de justicia gratuita.

134. GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, Fernando: *Nulidad de sentencias sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1980, «La Ley», 10 de enero de 1989.*

135. GUI MORI, Tomás: *La intercambiabilidad de las técnicas jurídicas: los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación como emanación de tutela efectiva. Comentario a las SSTs 118/1987, de 8 de julio; 180/1987, de 12 de noviembre, y 29/1988, de 9 de marzo, «La Ley», 23 de septiembre de 1988.*

136. LOPEZ SIMO, Francisco: *Sobre la condena en costas y la rebeldía. Comentario a la SAT Palma de Mallorca de 18 de julio de 1988, «La Ley», 11 de noviembre de 1988.*

137. LORCA NAVARRETE, Antonio M.ª: *El Tribunal Superior de Justicia Vasco, «La Ley», 8 de noviembre de 1988.*

Estudio del TSJV que constituye la innovación más importante en la actual planta de Juzgados y Tribunales enclavados en el País Vasco y una exigencia del nuevo modelo de Estado que impone la reestructuración del mismo a través del sistema de autonomías.

138. MORERA PEREZ, Jorge: *El procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en relación con el beneficio de la justicia gratuita, «RJC», 1989 (1), pp. 183 y ss.*

139. MUÑOZ ROJAS, Tomás: *Vigencia del retracto de colitigantes, «RDP», enero, 1989, pp. 3 y ss.*

La transferencia del crédito litigioso consiste primordialmente en el cambio de titularidad del mismo; esa alteración constituye la razón de ser y la base jurídica del llamado por un sector de nuestra doctrina retracto litigioso, retracto de crédito litigioso o retracto de colitigantes, regulado parca e innominadamente en los artículos 1.535 y 1.536 del Código civil y silenciado absolutamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

140. ORTELLS RAMOS, Manuel: *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Viernes, 27 de enero de 1989.*

El trabajo, señala su autor, está destinado a tratar ciertos aspectos de la regulación de las medidas cautelares indeterminadas en el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tanto de la nueva regulación —resultante de la reforma de 1984—, como de lo que persiste de la antigua —porque la reforma no lo rozó, como ocurre con los criterios para determinar las medidas adoptables.

141. PRAT, Carles: *La situació actual de L'exequatur a Espanya. Le condicions que ha de reunir una sentència estrangera per a obtenir el reconeixement, «RJC», 1988 (4), pp. 981 y ss.*

142. VICENTE DIAZ, M.: *La prestación procesal civil de los derechos fundamentales, «Actualidad Civil», núm. 28, 1988 (539), pp. 1.741 y ss.*

El artículo 53.2 de la Constitución Española ha establecido dos tipos de tuteles distintas, entendiendo el amparo judicial como una tutela específica y no co-

mo mero procedimiento previo al amparo constitucional. Desde esta perspectiva se debe concluir que el mencionado precepto constitucional se encuentra sin desarrollar, por cuanto no se ha previsto aún de forma positiva el «procedimiento urgente y preferente» para la tutela judicial de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales que se encuentran garantizados por un procedimiento específico, no son todos los que indica el artículo 53.2 de la Constitución Española, sino sólo alguno de ellos, y el procedimiento civil previsto para ello no es en modo alguno ni urgente ni preferente.

VI. VARIA

143. TOHARIA, José Juan: *Cuarto barómetro de opinión del Consejo General del Poder Judicial*, «Poder Judicial», núm. 12, diciembre, 1988, pp. 57 y ss.

144. BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo: *Obras Completas. Antonio Hernández Gil*, «Poder Judicial», núm. 12, diciembre, 1988, pp. 41 y ss.

145. DE LA CUESTA, Jose M.ª: *Aspectos jurídico-privados de la llamada cuota lechera*, «RDP», diciembre, 1988, pp. 1067 y ss.

146. HERNANZ SANCHEZ, Francisca: *La reforma del Derecho internacional privado en la República Federal de Alemania*, «RDP», octubre, 1988, pp. 867 y ss.

El 19 de junio de 1986, la Cámara Baja del Parlamento alemán dio luz verde al Proyecto de Ley presentado por el Gobierno Federal, que había de convertirse en la llamada «Ley para la Reforma del Derecho Internacional Privado (IPR-Gesetz)». Una vez obtenida la requerida aprobación por parte de la Cámara Alta, la Ley entró en vigor el 1 de septiembre del mismo año. La amplitud y especificidad de lo regulado en los siete artículos de esa Ley, justifican la importancia que el conocimiento de la misma debe tener para el jurista de habla hispana.

INDICE DE ABREVIATURAS

CCJC	= Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
RCDI	= Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	= Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	= Revista de Derecho Mercantil
RDN	= Revista de Derecho Notarial
RDP	= Revista de Derecho Privado
RDU	= Revista de Derecho Urbanístico
RGLJ	= Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	= Revista Jurídica de Cataluña

ACTUALIDAD CIVIL

LA LEY

PODER JUDICIAL

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DE NUEVO SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: INTROMISION ILEGITIMA Y DERECHO A LA INTIMIDAD

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional
de 2 de diciembre de 1988)

M.^a ANGELES PARRA LUCAN

SUMARIO: 1. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988. 2. El objeto del recurso de amparo: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986. 3. El derecho a la propia imagen en la Sentencia del Tribunal Constitucional. 4. El derecho a la intimidad personal y familiar. 5. Conclusiones.

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 2 DE DICIEMBRE DE 1988

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional pronunció el 2 de diciembre de 1988 la Sentencia 231/1988 (1) que puso fin al recurso de amparo 1247/1986 contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la que se anulaba la dictada en apelación por la Audiencia Territorial de Madrid en autos sobre vulneración del derecho a la intimidad.

Como se recoge en los antecedentes de la Sentencia del Tribunal Constitucional, la ahora recurrente en amparo interpuso en su día demanda de protección civil del derecho a la intimidad y a la propia imagen (al amparo de lo prevenido en la L.O. 1/1982, que desarrolla el artículo 18.1 C.E.) ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Madrid y contra la Entidad «Prographic, S. A.», sociedad que había comercializado, sin autorización alguna, unas cintas de video en las que se mostraban imágenes de la vida privada y profesional de su difunto marido, torero conocido públicamente como «Paquirri», y muy especialmente imágenes de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba) y de su posterior tratamiento en la enfermería de la plaza. La demanda solicitaba al Juzgado que se condenara a la demandada a abonar a la viuda y a los demás herederos del fallecido la cantidad de 40.000.000 de pesetas en concepto de daños y perjuicios.

(1) «BOE» de 23 de diciembre de 1988, núm. 307. Suplemento. Ponente don Luis López Guerra.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a que indemnizara a la actora con la cantidad de 20.000.000 de pesetas. Asimismo, se acordaba ratificar la medida cautelar, provisionalmente adoptada, que dejaba fuera del comercio las cintas grabadas.

Recurrida la Sentencia, la Audiencia Territorial desestimó el recurso y confirmó aquélla. Pero, formalizado el recurso de casación, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó sentencia de 28 de octubre de 1986, ahora recurrida en amparo, en la que se declaraba haber lugar al recurso y, por consiguiente, se anulaba la Sentencia de la Audiencia (2).

La recurrente entiende que la resolución judicial impugnada vulnera los artículos 18 y 20 C.E. El primero de estos preceptos porque la Sentencia olvida en sus fundamentos hacer referencia al derecho a la propia imagen e interpreta de forma errónea el derecho a la intimidad personal. Además, se considera indirectamente violado el artículo 20.4 C.E. que establece como límite de la libertad de información, entre otros, el respeto de los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Se solicita del Tribunal que dicte Sentencia en la que, otorgando el amparo, se declare la nulidad de la resolución judicial impugnada y se reconozcan los derechos a la intimidad y a la imagen que ostentan los familiares del torero fallecido.

El Tribunal Constitucional, después de afirmar que lo que procede examinar como objeto del recurso de amparo es si la Sentencia del Tribunal Supremo efectivamente atenta a los derechos fundamentales que se alegan, procede a considerar quién es el titular de los derechos que se consideran vulnerados.

A este respecto, la demanda de amparo, continuando la línea iniciada en los procedimientos ante los Tribunales ordinarios, se refiere tanto a los derechos a la propia imagen y a la intimidad del torero como al derecho a la intimidad de su familia. En lo que atañe a los derechos del fallecido el Tribunal Constitucional entiende que: «El derecho a la imagen que se invoca (y al que la demandante concede especial importancia) es, en realidad, el derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida, y de su eventual explotación económica, protegible, según la Ley 1/1982 en vías civiles, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental, aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales».

El Tribunal Constitucional se apoya para defender esta tesis en la estricta vinculación de los derechos fundamentales a la propia personalidad, por derivar de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 C.E. Para el Tribunal Constitucional: «Una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad —según determina el artículo 32 C.c.: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas»—, lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, co-

(2) Acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986 ver mi comentario *Derechos de la personalidad. Intromisión ilegítima y derecho a la intimidad*, en «ADC», 1987, p. 987.

mo en el presente caso, a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Por ello, y en esta vía, este Tribunal no puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional; concretamente, y en el presente caso, sobre la explotación comercial de la imagen de don Francisco Rivera en el ejercicio de su actividad profesional» (3).

En cuanto al derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional señala que se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar, «aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 C.E. protegen».

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional procede a analizar si las escenas reproducidas en la cinta de vídeo comercializada por la demandada, y concretamente las correspondientes a la enfermería de la plaza en que ingresó herido el torero, suponen una intromisión en la esfera de la intimidad personal de éste y, dada su naturaleza, en la de su viuda. El Tribunal entiende que, de las imágenes difundidas y comercializadas por la demandada, puede decirse que, «dentro de las pautas de nuestra cultura, inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puestas en relación con el hecho de que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero» (4).

Pero es que, además, continúa el Tribunal Constitucional (y aquí contradice los argumentos que sirvieron de base al fallo del Tribunal Supremo) (5) tampoco concurre ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 8 de la L.O. 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen por las que considerar excluido el carácter de «intromisión ilegítima» de las imágenes en cuestión.

En primer lugar se rechaza que las imágenes vividas dentro de la enfermería formasen parte del espectáculo taurino y, por tanto, del ejercicio de la profesión del fallecido. Para el Tribunal Constitucional, en contra del criterio del Tribunal Supremo: «En ningún caso pueden considerarse públicas y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivada de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en ins-

(3) Fundamento Jurídico núm. 3. Los Magistrados que formulan el Voto Particular respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional (don Fernando García-Mon y don Carlos de la Vega) no parecen discrepar en este punto de la mayoría. A este respecto en el punto núm. 1. del Voto Particular se dice que: «No corresponde al ámbito constitucional el problema relativo a los posibles derechos patrimoniales que, para los herederos de la víctima, puedan derivar de la comercialización de aquella noticia mediante su inserción en el montaje de un vídeo en el que, como una parte de la vida del torero, se reproducen los momentos anteriores a su muerte, que es a lo que se reduce el derecho de la recurrente, dado que, como creemos, el recuso planteado carece de contenido o dimensión constitucional.»

(4) Fundamentos Jurídicos núms. 4 y 5.

(5) Sobre estas cuestiones ver mi comentario, *cit.*, pp. 991-994.

trumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el artículo 10 C.E.» (6). En segundo lugar, el Tribunal Constitucional niega a la enfermería el carácter de lugar abierto al público «por la propia naturaleza de su función» e, incluso, por el hecho de que los que allí entraron fueron conminados a desalojar el lugar. En tercer lugar, y en contra del criterio del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional entiende que la actitud del torero ante sus heridas no puede de ningún modo ser considerada como el ejercicio de una «profesión de notoriedad pública» (7). Para finalizar, el Tribunal Constitucional rechaza el planteamiento hecho valer por la demandada desde el mismo inicio de los procedimientos que desembocaron en el amparo (y aceptado por el Tribunal Supremo en su Sentencia) en el sentido de que las escenas de la enfermería de la plaza de toros habían sido difundidas en los programas informativos de TVE, por lo que, supuestamente, pertenecían al conocimiento público, fuera por tanto de la esfera de la intimidad. En contra de esta argumentación, el Tribunal Constitucional señala que: «La emisión, durante unos momentos, de unas imágenes que se consideraron noticiables y objeto de interés no puede representar (independientemente del enjuiciamiento que ello merezca) que se conviertan en públicas y que quede legitimada (con continua incidencia en el ámbito de la intimidad de la recurrente) la permanente puesta a disposición del público de esas imágenes mediante su grabación en una cinta de vídeo que hace posible la reproducción en cualquier momento, y ante cualquier audiencia, de las escenas de la enfermería y de la mortal herida del señor Rivera» (8).

El Tribunal Constitucional, como consecuencia de todo lo anterior, estima que la resolución judicial impugnada, en lo que se refiere a la difusión de las imágenes captadas en la enfermería de la plaza de toros vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar de la viuda del torero fallecido [reconocido en el artículo 18.1 C.E., así como en el artículo 20.4 como límite a los derechos en ese artículo reconocidos (9)]. Sin embargo, el Tribunal declara que no le corresponde pronunciarse sobre otras cuestiones que se plantearon en casación, como las referentes a la procedencia de la indemnización y a su cuantía, que remite a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

(6) Fundamento Jurídico núm. 8.

(7) Ver, en contra, el punto núm. 2 del Voto Particular.

(8) Fundamento Jurídico núm. 9.

(9) En la Sentencia se considera prevalente el derecho a la intimidad sobre los derechos y libertades reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución Española. Pero esta conclusión no puede generalizarse, pues, como ha declarado el propio Tribunal Constitucional en otras ocasiones, los conflictos entre las libertades del artículo 20.1 y los derechos del 18.1, a los que el propio artículo 20.4 reconoce como límites, «habrán de resolverse mediante una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras». Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986, de 17 de julio (Ponente: señor Tomás y Valiente), «BJC», 64/65, p. 1048. Con carácter general y sobre la importancia que en la actualidad tiene el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal*, Barcelona, 1984, especialmente p. 45.

2. EL OBJETO DEL RECURSO DE AMPARO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE OCTUBRE DE 1986.

La cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es algo que en la actualidad no se cuestiona. La protección de la persona en cuanto tal, que comenzó en el ámbito del Derecho público con solemnes declaraciones en Constituciones y Declaraciones de Derechos del Hombre ha pasado al Derecho privado. De este modo, a la defensa de la persona contra las injerencias del Estado se añade una protección de la persona frente a las agresiones de otros particulares (10).

Por otra parte, y aun cuando en relación a otros derechos fundamentales reconocidos en ciertos artículos de la Constitución hablar de la eficacia *inter privatos* plantea más problemas (así, para el derecho de igualdad) para el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen el régimen de la L. O. 1/1982 es claramente aplicable, tanto si la intromisión ilegítima procede de una autoridad como si procede de otros particulares.

Ahora bien, la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares es algo que, sin embargo, no debe confundirse con las competencias del Tribunal Constitucional para resolver en amparo (11).

El artículo 9.1 y la disposición transitoria 2.^a de la L.O. 1/1982 hacen una referencia al recurso de amparo como mecanismo de defensa frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la Ley. Este mecanismo de defensa se plantea en los siguientes términos: «*cuando proceda*» y «*agotado el procedimiento seguido quedará expedito el recurso de amparo constitucional en los supuestos a que se refiere el Capítulo I del Título III de la Ley Orgánica 2/1979 de 5 de octubre, del Tribunal Constitucional*». Para conocer cuáles son los supuestos en que procede el amparo es preciso, pues, acudir a los artículos 41 y siguientes de la L.O.T.C.

Con carácter general, y de acuerdo con el artículo 41 L.O.T.C., el recurso de amparo protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 C.E. originadas por los poderes públicos. Quedan, por tanto, excluidas del recurso de amparo las violaciones de derechos fundamentales debidas a un particular. Esto no significa, como ha declarado en alguna ocasión el Tribunal Constitucional, que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, sino sólo que el recurso de amparo se configura como un reme-

(10) Entre otros, DE ANGEL YAGÜE: *Protección de la personalidad en el Derecho privado*, en «RDN», 1974, p. 7; CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, T. 1, Vol. 2, 14.^a ed., revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, Madrid, 1984, p. 357; RIVERO, en LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho civil*, 1, 2, Barcelona, 1983, p. 29; ROGEL VIDE: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, p. 12.

(11) Para una distinción de estas cuestiones, que en ocasiones se mezclan indebidamente, GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986, p. 15.

dio subsidiario de protección de los derechos fundamentales cuando los poderes públicos han violado tal deber (12).

En el caso concreto de la Sentencia objeto de este comentario la supuesta violación de los derechos a la propia imagen y a la intimidad habría sido realizada por la empresa que comercializó la cinta de vídeo con las imágenes del torero. Desde esta perspectiva, al no haberse originado dicha vulneración en la actuación de un poder público no cabría el recurso de amparo (13).

Pero el Tribunal Constitucional, después de considerar esta argumentación, la rechaza: «Resulta en una primera aproximación, dice el Constitucional, que el atentado a los derechos a la imagen y a la intimidad que se dicen vulnerados procedería, de manera inmediata y directa, de la producción y difusión de una cinta de vídeo por parte de una empresa privada, la inicialmente demandada «Prographic, S. A.». Si así fuera efectivamente, no cabría la utilización de la vía de amparo (aun admitiendo hipotéticamente la efectiva violación de los derechos aducidos), ya que esta vía procede únicamente frente a actuaciones de los poderes públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1 L.O.T.C.».

«Ahora bien —continúa el Tribunal Constitucional—, ha de tenerse en cuenta que, aun cuando la alegada lesión de derechos se originó por la actuación de terceros particulares, se pretendió por la parte afectada la corrección de los efectos de esa lesión acudiendo a los órganos jurisdiccionales; y si bien se obtuvo inicialmente de ellos el remedio solicitado, el curso de las diversas alzas y recursos posibles en la vía judicial condujo a que los Tribunales ordinarios concluyeran por desestimar la pretensión ante ellos deducida para que se remediara la lesión alegada, y en consecuencia, por mantener desprotegidos los derechos fundamentales que la parte recurrente estimaba violados. La Sentencia del Tribunal Supremo que ahora se impugna aparece, pues, como directamente relacionada (al restablecerla y mantener sus efectos) con una situación que la recurrente estima atentatoria a sus derechos; y por ello, y en cuanto los Jueces y Tribunales ordinarios están obligados por el artículo 53.2 C.E. a la tutela de los derechos y libertades de los artículos 14 a 29, así como del 30.2 C.E., procede considerar que la Sentencia atacada en amparo ha dado lugar, en forma «inmediata y directa», como exige el artículo 44.1 L.O.T.C., a la situación que la recurrente man-

(12) Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984, de 7 de febrero (Ponente: señor Gómez-Ferrer), «BJC», 1984-1, p. 363.

(13) Con carácter general niegan que quepa el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cuando los bienes de la personalidad son violados por particulares: GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, p. 306; EMBID IRUJO: *El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*, en «Cívitas, Revista Española de Derecho Administrativo», 1980, p. 194; CANO MATA: *El recurso de amparo. Doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1983, p. 14; CASCAJO-GIMENO: *El recurso de amparo*, Madrid, 1984, p. 113; FERNÁNDEZ SEGADO: *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1984, p. 133; ROGEL VIDÉ: *Op. cit.*, p. 171; GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO: *Op. cit.*, pp. 59 y ss.

Para algunos autores, aunque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional excluye del recurso de amparo las agresiones de particulares, la Constitución Española no establecía tal límite ni existe razón para hacerlo: PECES BARBA: *Los derechos fundamentales*, 4.ª ed., Madrid, 1983, p. 216; PRIETO SANCHÍS: *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española*, en «Anuario de Derechos Humanos», 2, 1983, p. 388.

tiene que vulnera derechos fundamentales. Por tanto, lo que procede examinar, como objeto del presente amparo, es si la Sentencia mencionada efectivamente atenta a los derechos fundamentales que se alegan» (14).

Con esta argumentación, el Tribunal Constitucional viene a desvirtuar lo dispuesto en el artículo 44.1.b) de la L.O.T.C., que para las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuviesen su origen en un acto u omisión de un órgano judicial, exige que «la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional».

Como bien dice García Torres y Jiménez-Blanco, el artículo 44 L.O.T.C., que enumera positivamente los presupuestos para que una violación de un derecho fundamental imputable a un Juez o Tribunal sea recurrible en amparo constitucional, interpretado *a contrario* dice cuándo eso no es posible: cuando la violación, aunque pudiera ser imputada al órgano judicial, lo es sólo de forma indirecta o mediata, precisamente porque depende de los hechos que dieron lugar al proceso (15).

El Tribunal Constitucional había mantenido con anterioridad en otras ocasiones una postura similar a la de la Sentencia que ahora nos ocupa: para sortear el obstáculo que plantea el artículo 41 L.O.T.C. niega que el amparo tenga por objeto el acto de un particular y atribuye la denunciada violación del derecho fundamental a la resolución judicial (16). El problema que se plantea entonces es el de admitir que la violación haya tenido origen *inmediato y directo* en el acto jurisdiccional y sea independiente de los hechos que dieron lugar al proceso.

El recurso de amparo se configura así en cierto modo como un recurso *casacional* en el sentido originario del término: *anulando, casando* la resolución impugnada en el caso de estimar producida la infracción denunciada por el recurrente,

(14) Fundamento Jurídico núm. 1; DE LA QUADRA SALCEDO, uno de los primeros autores que se ocupó de esta cuestión, elaboró una construcción muy similar a la realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia objeto de este comentario: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, p. 97. En un sentido parecido, AGUIAR: *Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión*, en «Actualidad Jurídica», X, 1981, y, más recientemente, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: *Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español*, en «Revista de Derecho Político», 1983, p. 27.

(15) *Op. cit.*, p. 77, nota 53.

(16) GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO: *Op. cit.*, p. 83. La Sentencia del Tribunal Constitucional 78/82, de 20 de diciembre (Ponente: S. Gómez-Ferrer) fue la primera en señalar este camino. Recientemente puede consultarse la Sentencia de 30 de octubre de 1987 (Ponente: señor García-Mon) en la que el Tribunal Constitucional señala que, aunque la violación alegada del artículo 18.1 de la Constitución Española no sería imputable a las resoluciones judiciales, sino a la decisión del empresario, «ha de examinarse si se ha producido o no la vulneración de aquellos derechos porque, en caso afirmativo, la falta de protección de los mismos por las sentencias recurridas conduciría a su nulidad para que en las resoluciones judiciales se respetara el artículo 18.1 de la Constitución Española («La Ley», T. 1988-1, p. 33).

remitiendo después el asunto al órgano correspondiente para que decida (17). En efecto, al dictar la Sentencia 231/1988 el Tribunal Constitucional, en primer lugar, anula la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1986; en segundo lugar, reconoce el derecho de la recurrente a su intimidad personal y familiar y, en tercer lugar, decide retrotraer el procedimiento al momento inmediato anterior al de dictar Sentencia para que la Sala Primera del Tribunal Supremo dicte otra en que resuelva sobre los distintos motivos del recurso, respetando el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente.

Es cierto que el Tribunal Constitucional parte de los hechos declarados probados y que, en reiteradas ocasiones ha declarado que el recurso de amparo no es una tercera instancia jurisdiccional, sino que su función se circunscribe a la protección de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 C.E. (18). Pero el Tribunal Constitucional, para descubrir si se ha aplicado correctamente el artículo 18.1 C.E. a los hechos previamente declarados probados no deja de considerar los hechos. Es decir, el análisis del Tribunal Constitucional se produce en total dependencia de los hechos que dieron lugar al proceso y en contra, por tanto de lo dispuesto en el artículo 44.1.b) L.O.T.C.

Es aquí precisamente donde se produce la discrepancia más importante de los Magistrados que formulan el Voto Particular respecto de la Sentencia. A este respecto consideran que: «No corresponde a este Tribunal revisar si es correcta o no la exclusión en que se apoya la Sentencia recurrida, puesto que para ello habría que entrar en los hechos que contempla el precepto para configurar las excepciones que admite. Sino que, aplicado el precepto por unos razonamientos jurídicos que son congruentes con los hechos que enjuicia, el problema pierde la dimensión constitucional con que se plantea, única que podría merecer el amparo de este Tribunal. Nos parece, de otro lado, que la valoración constitucional que del caso hace la mayoría no deja de plantear otros problemas graves y delicados, entre los cuales el de las presuntas vulneraciones de supuestos derechos fundamentales entre particulares y el de su tratamiento y eficacia jurisdiccional (*Dritt-wirkung*)» (19).

3. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Así pues, el Tribunal Constitucional, una vez admitida la posibilidad del recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Supremo limita, sin embargo, su análisis a las cuestiones relativas al derecho a la intimidad de la recurrente,

(17) Sobre la configuración *casacional* del recurso de amparo, SALAS: *Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas*, en «Cívitas, Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 27, 1980, P. 558; PÉREZ TREMPES: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, p. 223; GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO: *Cit.*, p. 79.

(18) Así, Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982, de 29 de enero (Ponente: señor Gómez-Ferrer), «BJC», 1982-1, p. 102.

(19) Sin embargo, ésta es la última consideración del Voto Particular, después de haber procedido a analizar la aplicación por parte del Tribunal Supremo del derecho a la intimidad y de concluir que, a su juicio, tal derecho no había sido vulnerado.

viuda del torero fallecido, negando en buena medida al derecho a la propia imagen el carácter de derecho a la personalidad. Esta tesis ha de ser, a mi juicio, objeto de ciertos matices.

En la actualidad, doctrina y jurisprudencia admiten, con carácter general, que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad distinto del derecho a la intimidad (20). El derecho a la propia imagen, amparado por el artículo 18.1 C.E. y por la L.O. 1/1982 ha sido definido por nuestro Tribunal Supremo como «la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto cuanto se trata de un derecho a la personalidad» (21).

El contenido negativo del derecho a la propia imagen impide a terceros obtener, reproducción o divulgar la imagen de una persona sin su consentimiento. En principio, por tanto, la utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento supone una intromisión en el derecho a la propia imagen. Esta protección de la imagen alcanza también a las personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad cuando la divulgación de la imagen responda a fines comerciales (artículo 7.6 L.O. 1/1982) (22).

Por su parte, el contenido positivo del derecho a la propia imagen supone poder en exclusiva de reproducirla, exponerla, publicarla y comerciar con ella: precisamente, como dice Gitrama, lo que nadie puede hacer sobre el mismo objeto sin nuestro consentimiento (23). En la práctica, de hecho, no es infrecuente que el titular del derecho permita a otro, por razones de notoriedad, desinteresadamente o, sobre todo, por dinero, la utilización de su imagen con fines publicitarios o comerciales (24).

(20) IGLESIAS CUBRIA: *El derecho a la intimidad*, discurso inaugural del Año Académico 1970-1971, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970, P. 27. Cuestión distinta es que, con carácter general, se pongan de relieve las conexiones entre ambos derechos. Ver a este respecto la nota 2, p. 990 de mi comentario *Derechos de la personalidad*, cit.

(21) Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1987 («La Ley», 1987-3, p. 217) y 29 de marzo de 1988 («La Ley», 1988-2, p. 640). Sobre el doble contenido del derecho a la propia imagen como poder de exclusión y derecho exclusivo de utilización de la misma: DE CUPIS: *I diritti della personalità*, Milano, 1950, pp. 108 y 113; GITRAMA: *Imagen (Derecho a la propia)*, en «NEJ», T. XI, p. 338; RIVERO: *Op. cit.*, p. 52; ROMERO COLOMA, M.^a A.: *Los bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, 1985, p. 80.

(22) Así lo entendía con anterioridad incluso a la Ley Orgánica 1/1982 PUIG FERRIOL, en PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, I, 1, Barcelona, 1979, p. 108. En la actualidad, y por interpretación conjunta de los artículos 8.2 y 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, I, 5.^a ed., Madrid, 1986, p. 362. A igual conclusión llega, por aplicación del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, CLAVERÍA GOSALBEZ: *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, en «ADC», 1983, p. 1246, nota 3.

(23) *Op. y loc. ult. cit.*

(24) Cabe pensar, sobre todo, en la publicidad comercial y en la prensa sensacionalista. Buena muestra de este fenómeno es lo previsto en el artículo 7.3 del Real Decreto sobre la relación laboral de los deportistas profesionales acerca de la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas.

La doctrina se ha hecho eco de este fenómeno, especialmente en relación a los caracteres predicados con carácter general de los derechos de la personalidad. La cuestión se formula en los siguientes términos: si los derechos de la personalidad son inherentes a la persona y, como tales, indisponibles e irrenunciables, ¿qué valor puede

Ahora bien, aun cuando el derecho a la propia imagen permita en ocasiones obtener una utilidad económica y, por tanto, junto al contenido moral del derecho puede hablarse de un contenido patrimonial ello no supone la calificación del derecho a la propia imagen como un derecho patrimonial (25). El contenido patrimonial que determina la posibilidad de disfrute económico de las reproducciones de la imagen no altera el carácter no patrimonial del derecho a la propia imagen.

¿Qué sucede si, como se plantea en la hipótesis que da lugar al recurso de amparo, ha fallecido el titular de ese derecho? El Tribunal Constitucional, haciéndose eco de la afirmación doctrinal de que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de la persona (26) concluye que, desaparecido el titular de esos derechos desaparece el ámbito vital que protegen los derechos fundamentales. Para el Tribunal Constitucional, fallecido el titular del derecho a la imagen sólo perviven los efectos patrimoniales de tal derecho, es decir, los relati-

tener el consentimiento prestado por su titular para, por ejemplo, ceder la utilización de su imagen? Para salvar esta paradoja la doctrina pone de relieve que el carácter inalienable e indisponible de los derechos de la personalidad no es incompatible con una disponibilidad parcial y concreta en algunos casos, ya que no excluye la plena titularidad del derecho para el futuro: GITRAMA: *Op. cit.*, p. 336; IGLESIAS CUBRIA: *cit.*, p. 36, nota 43; OLIVEROS LAPUERTA, M.^a V.: *Estudios sobre la Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, en «Cuaderno de Documentación», 1980, núm. 38, p. 22; PUIG FERRIOL: *cit.*, p. 108; RIVERO: *cit.*, p. 38; CLAVERÍA GOSALBEZ: *cit.*, p. 1252.

La Ley Orgánica 1/1982, por su parte, establece en esta línea que los derechos que en ella se regulan son «irrenunciables» e «inalienables» y que la renuncia a la protección que en ella se dispensa es nula, para añadir a continuación que ello «sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta Ley» (artículo 1.3).

(25) Sobre el carácter extrapatrimonial de los derechos de la personalidad: ROGEL VIDE: *Op. cit.*, p. 48; ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho a la información*, *cit.*, p. 16. En concreto, por lo que se refiere al derecho a la propia imagen en la actualidad la concepción de lá imagen como manifestación del derecho de propiedad está ya superada, como pone de relieve FARIÑAS MATONI: *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983, p. 104.

ROJO AJURIA, sin embargo, entiende que en la Ley Orgánica 1/1982 los derechos del artículo 18 de la Constitución Española reciben una configuración excesivamente ligada a la propiedad. La Ley, dice este autor, opta por una «monetización» o «patrimonialización» de los derechos que regula. Esto tiene lugar, a su juicio, tanto por la regulación del consentimiento como por la previsión de la indemnización para los casos de intromisión ilegítima (*La tutela civil del Derecho a la intimidad (Comentarios a la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen)*, en «ADC», 1986, pp. 143 y ss.).

Siguiendo a GITRAMA (que cita a HUBMANN y GAREIS) podemos decir que no debe identificarse el derecho a la propia imagen con la utilidad económica que puede obtenerse a través de su ejercicio. El derecho a la propia imagen tiene, pone de relieve este autor, «potencia patrimonial». Ni la utilidad económica que puede resultar de su ejercicio, ni la indemnización obtenida caso de su violación pueden alterar el carácter de patrimonial del derecho a la propia imagen, que no tiene en sí inmediata utilidad de orden económico. La posibilidad de un contenido patrimonial no implica, dice GITRAMA, necesidad ni, por ende, realidad siempre de dicho contenido (*op. cit.*, pp. 335-336).

(26) Por todos, GITRAMA: *Op. cit.*, p. 361. En el mismo sentido, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982, en su párrafo núm. 8.

vos a la explotación comercial de la imagen [y a estos efectos el Tribunal Constitucional cita los artículos 4 y 9 L. O. 1/1982 (27)].

De este modo, el Tribunal Constitucional rechaza la argumentación de la recurrente, para quien: «La imagen de una persona es la prolongación de su personalidad, y sólo a ella corresponde su utilización, por tanto, todo uso de la misma realizado con fines económicos y sin autorización del interesado o de sus herederos debe resultar vedado a terceros». Se rechaza, incluso, la argumentación del Ministerio Fiscal que en su escrito de alegaciones estimaba vulnerado «el derecho del torero a la propia imagen, al utilizarse con una finalidad lucrativa a estas escenas filmadas sin el consentimiento de los herederos».

De la argumentación del Tribunal Constitucional parece desprenderse que el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidación o la imagen de una persona fallecida por quien ésta haya designado en testamento o por alguno de los parientes que se señalan en el artículo 4 L.O. 1/1982 no está encaminado a garantizar un residuo de los derechos de la personalidad, asegurando a título póstumo la defensa de una personalidad que no puede actuar por sí misma (28). El artículo 4 no estaría recogiendo la misión de tutela que pudiera corresponder a ciertas personas sobre los intereses extrapatrimoniales del difunto, sino más bien la transmisión de un derecho de contenido patrimonial: la explotación comercial de los derechos de la personalidad de una persona fallecida o, si ello no es posible, la indemnización que en su caso pudiera corresponder.

Pero en contra de la validez de esta tesis puede atenderse a diversas consideraciones. En primer lugar, la propia redacción del artículo 4, en el que se habla de: «El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidación o la imagen de una persona fallecida.» Estamos, como ha dicho algún autor, no ante una sucesión *iure successionis*, sino ante una atribución *ope legis* de la legitimación para el ejercicio de las acciones protectoras de estos derechos (29). El ejercicio de estas acciones puede incluso corresponder, de acuerdo con el artículo 4, a una persona «designada a tal efecto» y, a falta de designación, a las personas legalmente previstas con preferencia sobre los herederos. De aquí se desprende, en mi opinión, que, fallecido el titular de los derechos regulados por la L. O. 1/1982, las personas señaladas por el artículo 4 pueden cuestionar la legitimidad de la utilización de su imagen sin que ello suponga la reclamación del derecho a disponer de la misma y de su eventual explotación económica. Así lo demuestra incluso el hecho de que, de acuerdo con el artículo 9.4 L.O. 1/1982 la persona

(27) En el artículo 4 se establece la legitimidad para el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, intimidación e imagen de una persona fallecida, y el artículo 9 fija las pretensiones que puede deducir el perjudicado (medidas cautelares e indemnización).

(28) GITRAMA: *Op. y loc. ult. cit.*

(29) RIVERO: *Op. cit.*, p. 57. Repárese, como observa GITRAMA, en que se habla de ciertos parientes próximos y no de los herederos. Ello hace pensar que se trata de derechos eminentemente personales, extrapatrimoniales, cuya defensa se confía a personas unidas al difunto por vínculos de solidaridad moral (*op. cit.*, p. 337). Incluso, sólo si la lesión hubiera tenido lugar antes del fallecimiento sin que el titular del derecho lesionado hubiera podido ejercer las acciones reconocidas por la Ley (supuesto recogido en el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1982) la indemnización quedaría comprendida en la herencia del perjudicado (artículo 9.4).

legitimada para el ejercicio de la acción puede quedar al margen del contenido económico de las pretensiones cuyo ejercicio se le encomienda (30).

En el caso concreto objeto de la Sentencia de este comentario, el Tribunal Constitucional parece dar por sentado que, puesto que la posibilidad de disfrute económico de las imágenes del torero a través de su comercialización (incluso las que no se corresponden con la posible intromisión en la intimidad) es evidente, la recurrente, viuda del torero fallecido, lo que reclama es la explotación comercial de las imágenes de su marido. En realidad, tal interpretación sólo sería válida, en mi opinión, si en vida el torero hubiera concedido la comercialización de su imagen [y, en este caso, el correspondiente derecho de crédito correspondería a sus herederos (31)].

No se opone a lo dicho hasta ahora la afirmación unánime de que el citado artículo 4 L.O. 1/1982 no equivale a una sucesión *mortis causa* de los derechos de la personalidad (32). Porque, en efecto, si bien la interpretación propuesta sugiere que la muerte no extingue del todo (y no sólo en su contenido eventualmente patrimonial) ciertos derechos personalísimos (33), ello no impide afirmar que el artículo 4 está confiando a ciertas personas la defensa de una personalidad pretérita, sin que se les haya transmitido el derecho del fallecido.

En resumen, y en contra del criterio del Tribunal Constitucional, no cabe negar el contenido personal, extrapatrimonial del derecho a la imagen de una persona fallecida.

4. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

El Tribunal Constitucional aborda en los Fundamentos Jurídicos números 4 a 10 de la Sentencia una segunda cuestión: la relativa a la vulneración del derecho a la intimidad de la familia del torero fallecido y, más específicamente de su viuda la demandante. La línea argumentativa del Tribunal Constitucional, en la que se apoya para acabar afirmando que la difusión de las imágenes captadas en la enfermería de la plaza vulnera el derecho a la intimidad de la recurrente, puede resumirse escuetamente, como hemos visto más arriba, en las siguientes consideraciones: En primer lugar, y con carácter general, el Tribunal Constitucional afirma que normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, la indebida difusión de ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen tal trascendencia para el individuo que incide directamente en

(30) En efecto, si la acción la ejerce la persona designada a tal efecto por el fallecido la eventual indemnización no le corresponde a él, sino a su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos.

(31) GITRAMA: *Op. cit.*, p. 363. La argumentación del Tribunal Constitucional recuerda en cierto modo el comentario de DE CUPIS a propósito del artículo 10 del Código civil italiano. Según este autor si existe posibilidad de disfrute económico de la imagen de una persona y se utiliza sin su consentimiento el daño producido es patrimonial. Si no existe interés en obtener el retrato de la persona sólo puede hablarse del perjuicio que afecta a la intimidad. Perjuicio que sólo existe en la primera hipótesis cuando la utilización de la imagen vulnera el derecho a la intimidad o al honor de la persona (*op. cit.*, p. 118).

(32) GITRAMA: *Op. cit.*, p.337; OLIVEROS LAPUERTA, M.^a V.: *Op. cit.*, p. 20.

(33) Así, LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, V, 1988, p. 40.

la propia esfera de su personalidad. Sentado este criterio, el Tribunal Constitucional analiza las escenas reproducidas en la cinta de vídeo comercializada por la demandada y, concretamente las correspondientes a la enfermería de la plaza en que ingresó mortalmente herido el torero, para concluir que inciden en la esfera de la intimidad personal de éste y, dada su naturaleza, en la de la recurrente, su viuda. En tercer lugar, el Tribunal Constitucional niega que, en el caso concreto concurriera ninguna circunstancia que excluyera el carácter de intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad: las escenas vividas en la enfermería no forman parte del espectáculo; la enfermería no constituye un lugar público; el torero no consintió la presencia de las cámaras en la enfermería. Finalmente, el Tribunal Constitucional niega que la difusión en su momento y con carácter informativo de las escenas de la enfermería conviertan a éstas en escenas pertenecientes al conocimiento público y, por tanto, fuera de la esfera de la intimidad.

De la argumentación del Tribunal Constitucional merece la pena destacar, a mi juicio, varias cuestiones. De una parte, el Tribunal viene a apuntar, si no el significado de lo que debe entenderse por la «intimidad familiar», sí al menos uno de sus contenidos. La doctrina que ha intentado precisar el alcance de este concepto ha llegado a distinguir a este respecto entre la intimidad de los miembros que componen la familia (la persona de cada cónyuge, la de los hijos y la intimidad familiar en sí misma considerada, según la cual la familia podría organizarse su vida como tal, libre de cualquier injerencia (34). Este último parece ser el sentido recogido en la propia L.O. 1/1982 cuando, al enumerar las actividades que tienen la consideración de intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado incluye la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una familia que afecten a su reputación (artículo 7.3) o la divulgación de datos privados de una familia conocidos a través de la actividad profesional de quien los revela (artículo 7.4).

Pues bien, el Tribunal Constitucional habla de un derecho a la intimidad cuyo titular es la familia del fallecido («y más específicamente su viuda y hoy demandante»). El Tribunal Constitucional viene a reconocer de este modo que la intromisión ilegítima en la intimidad de una persona puede ser, además, «por su repercusión moral», intromisión en «un derecho de sus familiares».

El Tribunal Constitucional se centra en el derecho de la viuda por ser la demandante, pero ello no le impide afirmar que el titular del derecho es la familia, «los familiares cercanos del fallecido». El Tribunal Constitucional no da solución definitiva, por otra parte, al problema denunciado por la doctrina acerca de cuál es la «familia» protegida a estos efectos (35). Sin embargo, en la Sentencia se apunta no sólo un criterio amplio, sino también flexible: «Será necesario, en cada

(34) TERESA PUENTE MUÑOZ: *El derecho a la intimidad en la Constitución*, en «ADC», 1980, p. 920. VIDAL MARTÍNEZ: *La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español*, en «RDP», 1980, p. 757; DE LA VALGOMA, M.^ª: *Comentario a la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, en «Anuario de Derechos Humanos», núm. 2, 1983, p. 658.

(35) RIVERO entiende que es precisa una interpretación sociológica y amplia, de acuerdo con el artículo 3.1. del Código civil y no restringir la protección a la familia estrictamente matrimonial (*op. cit.*, p. 54).

caso examinar... cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión y que, parece, no puede identificarse con el matrimonial.

Así pues, este derecho a la intimidad «propio» (esto es, de la familia del torero fallecido) «y no ajeno» (es decir, no del torero fallecido) no tiene nada que ver con lo dispuesto en el artículo 4 L.O. 1/1982. En efecto, aunque suele decirse que las personas designadas en tal precepto hacen valer un interés propio al actuar la tutela jurídica de un derecho de la personalidad de una persona fallecida (36) ello no significa que se trate de un derecho propio a su imagen, a su intimidad o a su honor. Al hacer tal afirmación, lo que se quiere dejar claro es que al permitir el ordenamiento la tutela de la memoria del difunto no está reconociendo la transmisión *mortis causa* de sus derechos de la personalidad.

Según el Tribunal Constitucional, en el caso que da lugar a la Sentencia objeto de este comentario la viuda del torero fallecido no está reclamando la protección del derecho a la imagen de su marido, sino su propio derecho a la intimidad. Es cierto que, para el Tribunal Constitucional, la intromisión en la esfera de la intimidad de la recurrente tiene su causa en la intromisión en la esfera de la intimidad de su marido, pero sólo habida cuenta «de la naturaleza» de las imágenes comercializadas que, por la situación que reflejan, «causan dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido».

Una vez sentado por el Tribunal que las imágenes en cuestión inciden en la intimidad personal y familiar de la recurrente procede a examinar «si la captación y reproducción de esas imágenes constituyen una intromisión ilegítima en tal ámbito de intimidad, *habida cuenta de las circunstancias en que los hechos captados por la cámara de vídeo se produjeron*, y el uso posterior dado a la cinta grabada (37). Es decir, el Tribunal Constitucional examina si concurre alguna de las circunstancias especiales previstas en el artículo 8 L.O. 1/1982 y referidas al derecho a la propia imagen. Es cierto que la intromisión en la intimidad se produce a través de la difusión de las imágenes del torero, pero, entonces, ¿por qué el Tribunal Constitucional se centra en el derecho a la intimidad de la recurrente, pasando por alto la consideración en sí mismo del derecho a la intimidad del torero fallecido?

5. CONCLUSIONES

A la vista de lo aquí expuesto hasta ahora cabe extraer algunas conclusiones. De una parte, el Tribunal Constitucional, aunque en principio tiene limitado su conocimiento a actos de los poderes públicos (artículo 41 L.O.T.C) sortea esta dificultad mediante un razonamiento muy sencillo: puesto que, de acuerdo con el artículo 53.2 C.E., los Jueces y Tribunales están obligados a tutelar los derechos y libertades fundamentales, deben aplicarlos en los conflictos que se les presenten. Si en el caso concreto hubo por parte de un particular vulneración de los derechos fundamentales alegados por la recurrente y, sin embargo, el Tribunal

(36) DE CUPIS: *Op. cit.*, p. 119; GITRAMA: *Op. cit.*, p. 362; OLIVEROS LAPUERTA, M.^a V.: *Op. cit.*, p. 21; DE LA VALGOMA, M.^a: *Op. cit.*, p. 660.

(37) El subrayado es mío.

Supremo desestimó su pretensión hay que entender, dice el Tribunal Constitucional, que la Sentencia recurrida en amparo ha dado lugar en forma «inmediata y directa» (como exige el artículo 44 L.O.T.C.) a la violación de tales derechos fundamentales. De este modo, el Tribunal Constitucional no renuncia al poder de reaccionar contra las que, a su juicio, pudieran ser interpretaciones «erróneas y lesivas» de los Jueces y Tribunales en materia de derechos fundamentales accionables en amparo, aun cuando la violación del derecho sea originada directa e inmediatamente por el acto de un particular (38).

Al entrar a analizar si ha sido correcta por parte del Tribunal Supremo la aplicación del artículo 18.1 C.E. (de acuerdo con las normas que lo desarrollan) el Tribunal Constitucional necesariamente entra a examinar si hubo vulneración por parte de la empresa demandada de los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar.

Por tanto, y aunque el Tribunal Constitucional declara que lo que procede analizar, como objeto del recurso de amparo, es la Sentencia del Tribunal Supremo lo que examina son los hechos concretos que están en la base del proceso, en contra de lo dispuesto en el artículo 44.1.b) L.O.T.C.

Pero en el caso concreto la perspectiva desde la que el Tribunal Constitucional se enfrenta a la aplicación de los derechos del artículo 18 C.E. no puede ser la misma que la abordada por el Tribunal Supremo. Porque, en efecto, según el artículo 54 L.O.T.C.: «Cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar *si se han violado derechos o libertades del demandante* y preservar o restablecer estos derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales».

Es decir, el Tribunal Constitucional debe limitar su examen a la posible vulneración de los derechos de la demandante. Esto explica que, con carácter previo, el Tribunal Constitucional entre a analizar quién es el titular de los derechos vulnerados, distinguiendo entre los derechos a la propia imagen y a la intimidad del torero fallecido (única cuestión abordada por la Sentencia recurrida) y el derecho a la intimidad de sus familiares y en concreto de su viuda. Esto explica también el esfuerzo del Tribunal Constitucional por aclarar que el derecho que reconoce es el derecho a la intimidad de la demandante, aunque éste haya sido vulnerado precisamente por la naturaleza de la intromisión en la esfera de la intimidad personal de su marido.

El Tribunal Constitucional no reconoce, sin embargo, que su competencia está limitada a la vulneración de los derechos de la personalidad de la demandante. Por el contrario, lo que hace es negar que los derechos de la personalidad del torero fallecido puedan tener alguna suerte de pervivencia que no sea bien su contenido meramente patrimonial (el derecho a comercializar su imagen) bien su repercusión sobre la intimidad de sus familiares. El resultado es la negación al derecho a la propia imagen del carácter de derecho de la personalidad, puesto que, no sólo se limita su contenido al patrimonial, sino que da la impresión de que la difusión de la imagen de una persona sin su consentimiento sólo se considera violación de un derecho de la personalidad cuando sea violación del derecho a la intimidad.

(38) GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO: *Op. cit.*, p. 83.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

II. Sentencias

A cargo de: Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ
Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Gabriel GARCIA CANTERO
Luis FELIPE RAGEL SANCHEZ
M.^a Paz SANCHEZ GONZALEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Prescripción extintiva de la acción para reclamar el mejor derecho a ostentar un Título Nobiliario.—En casos como el presente, relativos al mejor derecho genealógico a un Título Nobiliario, en los que el derecho del padre es anterior y preferente al del hijo, sería un contrasentido que aquél viniese obligado a ejercitar la acción a nombre de éste por ser menor de edad, contradiciendo su personal actitud respecto de su propio derecho anterior y preferente. Será, pues, a partir del día en que el actor o litigante haya alcanzado la mayoría de edad cuando deba iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo, que en estos casos será de quince años por tratarse de una acción personal, habida cuenta que hoy en día, según reiterada jurisprudencia de la Sala y del propio Tribunal Constitucional (sentencia de 24 de mayo de 1982), los Títulos Nobiliarios son meras distinciones u honores, sin otra vinculación o significación patrimonial directa, siéndoles de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.964 del Código civil para las acciones personales sin término especial de prescripción. En el caso de autos resulta que el actor, hoy recurrido, alcanzó su mayoría de edad a los veintiún años el 25 de enero de 1964, lo que significa que dejó transcurrir el plazo citado de prescripción antes de interponer la demanda de conciliación que se concretó en un acto conciliatorio sin avenencia, celebrado el 23 de febrero de 1979, actos que precedieron en casi un año a la demanda principio de estas actuaciones. Y al no estimarlo así, la sentencia recurrida incide en la infracción denunciada en este tercer motivo. (STS de 20 de febrero de 1988, ha lugar.) (L.F.R.S.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. Libertad de expresión. Limitaciones.—La libertad de expresión, institucionalizada como uno de los derechos fundamentales de las personas por la Consti-

* Coordinador: Antonio Cabanillas Sánchez.

tución (artículo 20.1), tiene unas limitaciones institucionalmente señaladas, y de ahí que la doctrina de esta Sala haya venido estableciendo que la libertad de expresión jamás podrá justificar la atribución gratuita a persona identificada de hechos que, inexcusablemente, le hacen desmerecer en el público aprecio y reprochables de toda evidencia, sean cualesquiera los usos sociales del momento.

Responsabilidad solidaria de autores, editores y directores por las difamaciones contenidas en las publicaciones.—El artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta mantiene su vigencia en cuanto a la responsabilidad solidaria de autores, editores y directores por las difamaciones contenidas en las publicaciones en que se verifiquen o dirijan y es consecuente y compatible con el derecho de rectificación regulado por la Ley Orgánica de 26 de marzo de 1984. (STS de 19 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a la información aparecida en una publicación de alcance nacional, el perjudicado demandó solidariamente al presidente del consejo de administración, al director de la publicación y a los autores del reportaje, por vulneración del derecho fundamental al honor y a la propia imagen, solicitando una determinada indemnización.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron en parte la demanda. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En línea con la doctrina de esta sentencia hay que tener también en cuenta la de las sentencias de 22 de octubre de 1987 y 23 de marzo de 1986, que anotamos en este Anuario (1988, III, pp. 916-917, y 1987, III, pp. 1012-1013) (A.C.S.).

3. Condición de hidalgo. Dato irrelevante en nuestro actual ordenamiento jurídico.—El hipotético supuesto de ser el actor descendiente de quienes disfrutaron en el Antiguo Régimen la condición legal de hidalgos con las exigencias y privilegios entonces inherentes a tal condición estamental, es cuestión que nuestro actual ordenamiento jurídico no contempla ni regula, siendo, por tanto, tal dato irrelevante para el Derecho. De ello resulta que el actor carece de derecho y de acción para postular del órgano jurisdiccional la pretendida declaración de hidalguía. (STS de 16 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos autos en juicio de mayor cuantía sobre declaración de hidalguía. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

4. Compraventa de inmuebles. Pago aplazado. Resolución por incumplimiento. Doctrina general. No hay voluntad rebelde al cumplimiento.—Para que la acción resolutoria por incumplimiento contractual pueda prosperar es preciso que se acrediten los requisitos siguientes: 1.º) la existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2.º) la reciprocidad de las prestaciones estipuladas

en el mismo, así como su exigibilidad; 3.º) que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de Instancia; 4.º) que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste, que le origine de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable, actividad que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante, y 5.º) que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, habiendo sentado este Tribunal que, en principio, la declaración sobre el cumplimiento o incumplimiento por parte de los contratantes es una cuestión fáctica, si bien puede constituir una cuestión de derecho cuando la base para la determinación del incumplimiento esté en la trascendencia jurídica de los actos realizados.

«Mora creditoris»: Incumplimiento del vendedor.—En el contrato nunca fue convenido plazo para la entrega del local, por lo que, una vez terminado éste, era de justicia conmutativa que, aceptadas y recibidas letras de cambio por el resto del precio y sin sospechas de quedar aquéllas impagadas, se procediese por el vendedor a la entrega del bajo; por ello no existió una voluntad deliberadamente rebelde a cumplir con su obligación por parte del comprador, sino el propósito de acatar el contrato y provocar su observancia por el contraparte, quien había inicialmente incumplido sus obligaciones al dejar de entregar al comprador, pese a tenerlo desde hacía tiempo terminado y haber éste abonado una parte importante del precio y aceptado letras por el resto, siendo precisamente esta falta de adecuado cumplimiento del vendedor la que provocó el impago de las restantes cambiales por el comprador (STS de 29 de febrero de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Hay en el proceso datos indiciarios sobre una conducta poco clara de la parte vendedora. Se trata de la compra de un local en construcción con pago adelantado de parte del precio mediante letras de cambio aceptadas. Una vez satisfecho algo más de la mitad del precio total y cuando a otros compradores se les había entregado el suyo aun debiendo cantidades superiores, se reclama la entrega del local. Responde el vendedor conminando la entrega del resto del precio bajo amenaza de resolución, a lo que accede el comprador consignándolo en poder de un Notario. El vendedor rechaza el pago. El comprador solicita el cumplimiento del contrato, mientras que el vendedor reconviene instando la resolución.

Quizá la afirmación más importante sea que, anticipándose el pago del precio, una vez abonado la mitad del mismo, sin existir sospecha de insolvencia, debe el vendedor entregar las llaves, lo que el Tribunal Supremo califica ser de justicia conmutativa, aunque acaso pueda rectificarse en el sentido de ser de equidad, dado que no se había señalado fecha de entregas. Aletea la sospecha de que el vendedor recibió ofertas superiores por el local vendido. La solución del caso es de alabar. (G.G.C.)

5. Compraventa de un piso. Resolución por falta de pago del precio.—Es doctrina pacífica la que viene entendiendo la estrecha vinculación entre los postulados de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil, pregonándose un carácter

de generalidad con respecto al primero y obedeciendo el segundo al principio de especialidad, entrando en juego este precepto cuando de compraventa de inmuebles se trata y en que, tras el requerimiento hecho por el vendedor, se pone de manifiesto una voluntad rebelde o de simple negativa a pagar el precio o parte de él adeudado, entrando así en juego el dispositivo resolutorio. (STS de 8 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa de un piso, en el que figuraba una cláusula resolutoria expresa por falta de pago del precio, el comprador no atendió al pago de una letra de cambio, por lo que, tras requerirle notarialmente para que pagara lo debido, el vendedor demandó la resolución del contrato.

El Juez de Primera instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda de resolución. No prospera el recurso de casación.

6. Venta de objeto inservible. Resolución del contrato.—A la venta de objeto inservible es aplicable el artículo 1.124 del Código civil, sin que se pueda pretender que el comprador pague el precio en estos casos, con independencia de que la compraventa sea civil o mercantil. (STS de 29 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante compró 23 máquinas de juegos recreativos, comprobando posteriormente que no eran nuevas y que, además, eran defectuosas.

Estimando parcialmente el recurso, la Audiencia Territorial decretó la resolución de la compraventa. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En lugar de aplicar la normativa del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos, se acude directamente al artículo 1.124 del Código civil, partiendo de la base de que las máquinas recreativas resultan inútiles al fin perseguido. (A.C.S.)

7. Compraventa de inmuebles: Reclamación del precio aplazado: Plazo tácito: Fijación por los Tribunales: Plazo en beneficio del deudor.—Si bien existía una indeterminación en la concreción de la fecha en que sucesivamente debería ir siendo abonado el precio aplazado, el análisis de la prueba impedía atribuir una responsabilidad exclusiva en tal indeterminación a ninguna de las partes, por lo que la solución que mejor se adaptaba a la controversia era la fijación al deudor de un plazo máximo de dos meses, con fundamento legal en el artículo 1.128 del Código civil, de aplicación cuando se ha querido conceder un plazo para el cumplimiento de la obligación y éste, por las razones que sean, no resultó determinable con base cierta, fijándose un período relativamente breve de dos meses, habida cuenta el tiempo transcurrido desde que se perfeccionó el contrato de compraventa.

«**Exceptio inadimpleti contractus.**»—No cabe invocarla alegando que la falta de pago se debió a que la vendedora no presentó en ningún momento para su aceptación las letras de cambio en que se instrumentaba el precio aplazado, pues se ha declarado probado que tal hecho no es responsabilidad exclusiva de ninguna de las partes, y, por otra parte, la pretensión del recurrente, oponiéndose al pago, no sólo es gravemente injusta, sino también contraria a la clara intención de

los contratantes, que en modo alguno fue demorar el pago tantos años como de hecho ha ocurrido, y que acarrearía un beneficio completamente injustificado para los compradores que, al cabo de disfrutar de la finca varios años sin pagar la mayor parte del precio, se verían favorecidos con un nuevo e importante aplazamiento. (STS de 23 de febrero de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—De los hechos declarados probados resulta una conducta no tanto extraña de la vendedora, la cual el 15 de abril de 1977 vende varias parcelas de terreno por importe que excede de los 6.000.000 de pesetas, recibiendo en el acto 415.000 pesetas, debiendo satisfacerse el resto en diferentes plazos que se documentaban en letras de cambio, que se aceptaban en el acto, según el contrato privado, pero en realidad nunca se produjo la presentación de las mismas sin que la vendedora haya dado una explicación de este hecho, y sí otro pago parcial de escasa cuantía. En febrero de 1985 la vendedora reclama el precio no pagado, más los intereses, estimándose la demanda íntegramente en primera instancia, pero en apelación se revocó lo relativo al abono de intereses y se fijó a los compradores un plazo de dos meses para efectuar el pago a partir de la fecha de la sentencia. Dicho plazo fue aceptado por los compradores en la vista de la alzada.

Está claro que este recurso de casación sólo tiene una finalidad dilatoria al oponerse a la fijación del plazo tácito, respecto del cual cabría invocar la prohibición de ir en contra de los propios actos. Es insostenible, por lo demás, la alegación de la *exceptio inadimpleti contractus* pues podrían haber consignado los sucesivos vencimientos.

La aplicación del artículo 1.128 se basa, más bien, en una razón de analogía dado que la obligación había establecido la fecha en que vencía la última de las letras que no fueron presentadas a aceptación, y también parece inspirarse en motivos de equidad y justicia conmutativa, pues durante ocho años los compradores disfrutaban de las parcelas por las que han abonado menos de la décima parte del precio pactado. Por otro lado, la vendedora ha incumplido la obligación de presentar las letras a la aceptación, aunque el Tribunal Supremo no parece haber encontrado culpa exclusiva en ninguna de las partes.

Dice Montes Penades (*Comentarios Albaladejo*, Tomo XV, Vol. 2, Madrid, 1983, pp. 113 y s.) que la fórmula del precepto, no muy afortunada, no equivale a la falta de señalamiento del plazo, sino a un señalamiento de plazo, cuya duración o cuya determinación temporal queda sin fijar, y, por ende, presupone un plazo tácito o implícito. En el presente caso no se trata de transformar una obligación pura en una obligación a plazo, sino en conceder un nuevo aplazamiento (facultad que se otorga a los Tribunales en el artículo 1.124, pero aquí no se ejercitaba la acción resolutoria por incumplimiento, sino, cabalmente, la del cumplimiento de la obligación largamente diferida).

Por las razones indicadas es plenamente de aceptar la argumentación del Tribunal Supremo y la desestimación del recurso. (G.G.C.)

8. Responsabilidad del promotor-vendedor por vicios de construcción.—A efectos de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil, es doctrina pacífica en

la jurisprudencia la de la equiparación del promotor al contratista, incluso cuando hubiese contratado con una empresa la ejecución material de la obra.

Carga de la prueba.—El llamado principio de la carga de la prueba, que en nuestro sistema positivo ha encontrado su asiento en la formulación contenida en el artículo 1.214 del Código civil, es un principio subsidiario, que sólo entra en juego para el supuesto de que no exista prueba alguna, importando poco quién o quiénes de los litigantes la hayan aportado. (STS de 22 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Dos comunidades de propietarios demandaron al promotor-vendedor y a C.C.S. por presentar graves defectos de construcción las viviendas adquiridas.

La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, condenó a los demandados a indemnizar a los demandantes por los daños sufridos. No prospera el recurso de casación.

9. Vicios de construcción. Concepto de ruina.—El término ruina que utiliza el artículo 1.591 del Código civil hay que entenderlo, no sólo en el sentido de ruina física, sino ampliado a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una auténtica violación del contrato, viniendo a significar defectos constructivos graves o inadecuados al fin o destino de la obra. (STS de 1 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—En el caso de autos la entidad demandada no ha adecuado la construcción contratada, consistente en la elaboración de proyecto, fabricación y montaje de la estructura metálica de cubierta de una nave industrial de conservas, a la situación real y específica de la actividad industrial a desarrollar, ubicándose la factoría en un ambiente altamente salobre, lo cual determinó una rápida oxidación y corrosión de los elementos metálicos integrantes de la estructura.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda de indemnización del valor que asciende la reparación de los defectos. No prospera el recurso de casación.

10. Graves defectos de construcción. Concepto de ruina.—Los defectos graves que exceden de las simples y meras imperfecciones corrientes significan una suerte de ruina potencial, como todos aquellos que hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia.

Responsabilidad del promotor. Defectos ocultos que no están sometidos al plazo de seis meses del artículo 1.490. Aplicabilidad del artículo 1.591 y de los artículos 1.101 y 1.124.—La doctrina de esta Sala no estima como defectos ocultos sujetos al plazo de prescripción de seis meses, aquellos que por su entidad física o funcional y habida cuenta del contrato supongan un incumplimiento contractual que acarrea la ruina potencial de lo vendido y, desde luego, la ruina funcional de la vivienda, encajando el supuesto en el artículo 1.591, así como en los artículos 1.101 y 1.124 del Código civil, que legitiman pasivamente al promotor-vendedor de las viviendas para responder de las consecuencias indemni-

zatorias, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por la inconcreción de responsabilidades.

Plazo de prescripción de la acción.—Las acciones de los compradores adquirentes de las viviendas contra el promotor-vendedor están sujetas a la prescripción de quince años del artículo 1.964 (Sentencias de 20 de junio de 1985, 29 de junio de 1987 y 13 de julio de 1987).

Nulidad de la cláusula de renuncia a reclamar por vicios de construcción.—La cláusula en que los compradores renuncian a reclamar nada al vendedor al dar su conformidad al estado de la vivienda, no puede ser justo soporte de hecho de una exoneración de culpa, por lo que la eficacia de la cláusula es civilmente nula. (STS de 12 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Los compradores demandaron con carácter solidario al promotor, al contratista y al arquitecto por los graves defectos de construcción que presentan las viviendas adquiridas, solicitando la subsanación de los mismos e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Estamos en presencia de una sentencia importante para configurar la responsabilidad del promotor por presentar vicios de construcción las viviendas vendidas.

En primer lugar, nuestro Tribunal Supremo parece que considera inaplicable el artículo 1.484, en relación con el 1.490, cuando los vicios son productores de ruina, entendiéndose la ruina en sentido muy lato. Con anterioridad, de manera más contundente, en la sentencia de 20 de junio de 1986 se afirma que los defectos de construcción del muro del chalet productores de un derrumbamiento o ruina no son tipificables en el artículo 1.484, sino subsumibles en el artículo 1.591 como determinantes de la ruina de la obra.

A nuestro juicio, es admisible la doctrina jurisprudencial que afirma la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento y la de responsabilidad decenal, cuando la vivienda vendida presenta vicios de construcción (*vid.* Morales: *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, «ADC», 1982, pp. 670 y ss.; Cabanillas: *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, «ADC», 1982, pp. 878 y ss.), en la medida en que, en relación con cada una de estas acciones, se cumplan sus presupuestos de aplicación. En cambio, no creemos que por ser el vicio determinante de la ruina, deba excluirse la posible aplicación del artículo 1.484, que parte, precisamente, de la gravedad del vicio. Además, en un orden práctico, puede convenir al comprador ejercitar las acciones edilicias en lugar de las generales de incumplimiento o la de responsabilidad decenal del artículo 1.591, por razones de carácter probatorio (Morales: *El alcance protector de las acciones edilicias*, «ADC», 1980, p. 682).

En segundo lugar, la afirmación de que la acción prescribe a los quince años, constituye un claro exponente de que nuestro Tribunal Supremo está

afirmando la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal del artículo 1.591, aunque afirme en bastantes sentencias que tiene origen legal, lo cual no constituye un argumento en contra (cfr. artículo 1.258 del Código civil).

Por último, muy acertada es la declaración de nulidad de la cláusula de renuncia a reclamar por vicios de construcción que determinan la ruina del edificio, ya que, a nuestro juicio, estamos ante una responsabilidad fundamentada en razones de orden público (la seguridad pública), por lo que es aplicable el límite del artículo 6.2 del Título Preliminar. En la anotación a la sentencia de 5 de abril de 1984 («ADC», 1985, pp. 231-232) no compartimos la solución propugnada por el Tribunal Supremo, al declarar la validez de la cláusula que eximía de responsabilidad al contratista por vicios de construcción causados por su conducta culposa o negligente. (A.C.S.).

11. Contrato del arquitecto. Obligaciones.—Se inscribe en las prestaciones propias de la relación contractual entre dueño de la obra y arquitecto, tanto la obligación de redactar un proyecto susceptible de ejecución por definir de modo preciso las características de la obra con adopción y justificación de soluciones, sin haber de ser completado, o sea, bastante para llevarse a efecto con el resultado de una edificación que satisfaga el fin que el dueño se haya propuesto, ofreciendo la determinación completa de detalles y especificaciones (prestación que se aproxima a un arrendamiento de obra, siendo el proyecto el resultado comprometido), como, en la fase de ejecución de la obra, la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización ajustada al proyecto y según la *lex artis*. (STS de 26 de marzo de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Se construyó una urbanización por quienes eran copropietarios del solar, mediante contratos parciales con empresas constructoras, siendo una sola la dirección técnica del conjunto. Al ser ocupado en una mínima parte la urbanización se empezaron a reventar por acción del frío las conducciones de la red de distribución de agua potable. La comunidad de propietarios demandó por ello a los que intervinieron en la construcción, solicitando la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación. Prospera también en parte el recurso de casación.

12. Contrato de extracción de turba: Resolución por incumplimiento: Extracción en parcela distinta de la contratada.—La parcela objeto del contrato se encuentra enclavada en finca del cedente de mayor extensión, y se declara probado que los operarios del cesionario extrajeron la tierra orgánico-turbosa a ambos lados del llamado Camino Nuevo, límite éste de la parcela, apreciándose un incumplimiento contractual voluntario al extralimitarse apoderándose *manu militari* de aprovechamientos que no le habían sido cedidos, sin que pueda achacarse a confusión o inconcreción en los límites, por ser inequívoca la mención del camino como lindero en el contrato, y porque de haber confusión se hubiera extraído

la turba en uno solo de los lados, aunque no fuera el contratado, pero la extracción en los dos márgenes no puede atribuirse más que a la mala fe.

Buena fe objetivo: artículo 1.258.—Como señaló la sentencia de 8 de julio de 1981, reiterada posteriormente, la buena fe a que se refiere este precepto, no es la subjetiva (creencia, situación psicológica), sino la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 del Código civil, que consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, informador del total ordenamiento jurídico.

Indemnización de daños y perjuicios.—No es una pena que se imponga al incumplidor causante de ellos, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y, por ello, si la reparación tiene que ser total para restablecer el equilibrio y situación anterior al incumplimiento, ha de hacerse sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación.

Congruencia.—Basta que el fallo guarde acatamiento a la sustancia de lo pedido para que el principio de congruencia quede cumplido, sin que sea necesaria una conformidad rígida y literal con las pretensiones ejercidas, pues lo importante es que las declaraciones del fallo tengan la virtud y eficacia suficientes para dejar resueltos todos los puntos que fueron materia del debate (STS de 20 de febrero de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Doctrinalmente puede interesar calificar la naturaleza del contrato en virtud del cual el propietario de una parcela, situada en una finca de mayor amplitud, cede la tierra orgánico-turbosa que el cesionario extrajese, en las condiciones marcadas por los organismos oficiales, por un precio alzado de 4.000.000 de pesetas. Ni por las partes ni por el Tribunal Supremo se entra a definir la clase de contrato celebrado, probablemente porque la cuestión no incide en el fallo. Parece que se trata de la compraventa de parte integrante de un inmueble por naturaleza que se moviliza mediante la separación o extracción. Surge el litigio al extralimitarse el cesionario en las tareas de extracción, dado que el contrato fijaba con claridad la parcela cedida y aquélla se había realizado en otra adyacente. Es dura la calificación que hace la sentencia de esta intromisión: «apoderamiento *manu militari*», que hace pensar en una acción delictiva. Con base en este hecho el cedente solicita la resolución ex artículo 1.124. Ingeniosamente (así lo califica la sentencia) el cesionario alega que tal hecho no constituye un incumplimiento contractual aunque puede dar origen a otras acciones, pero el Tribunal Supremo invoca la buena fe ex artículo 1.258 y declara existente una actuación de mala fe en la ejecución del contrato que funda la resolución. La calificación y su consecuencia parece acertada dado que el hecho guarda relación estrecha con lo pactado (sin el contrato no se hubiera producido probablemente la intromisión), y la cuidadosa delimitación de la parcela a excavar suponía una prohibición implícita de beneficiarse de la turba existente en otros lugares.

La sentencia estima parcialmente el recurso interpuesto por el cesionario en relación con la cuantía de la indemnización reclamada dado que la Audiencia Territorial la había fijado en cantidad superior a 6.000.000 de pesetas, mientras que en virtud de otras consideraciones el Tribunal

Supremo la reduce a 1.611.652 pesetas. Curiosamente, la sentencia del Tribunal Supremo modifica la condena en costas imponiendo la de ambas instancias al recurrente en atención a su temeridad y ello pese a haber estimado parcialmente su recurso (¿intento compensatorio al reducir tan drásticamente la cuantía de la indemnización?) (C.G.C.).

13. Fianza: Subrogación del fiador por pago: Efectos: Artículo 1.839 del Código civil.—A virtud del artículo 1.839, esto es *ministerio legis*, por el pago surge la subrogación que no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, el que en razón al crédito en que se subroga es su sucesor, sin que, a estos efectos, se pueda hablar de nacimiento de un derecho, como puede ser el de ser indemnizado *ex artículo 1.838*; lo cual sanciona explícitamente el artículo 1.212 que habla de *transferencia* y no de *creación* o *nacimiento* por lo que resulta forzoso entender que el crédito que se transmite es el mismo en toda su integridad, extensión y contenido, sin que sufra la más mínima alteración, salvo el cambio de persona, la del cedente por el cesionario subrogado como nuevo acreedor, el que podrá exigir su cumplimiento en los propios términos en los que hubiera podido ejercerlo su anterior acreedor del que es sucesor, manteniendo el título todo su valor y eficacia, sin alteración alguna, identidad que afecta a su fecha en cuanto ésta sirva a cualquier fin con el que guarde relación, como lo ha de ser en orden a valorarlo respecto a la preferencia frente a otros títulos crediticios.

Tercería de mejor derecho: Préstamo intervenido por corredor de comercio de fecha anterior a crédito reconocido por sentencia firme.—El crédito en que *ministerio legis* quedó subrogado el actor es una póliza o escritura de préstamo intervenida por Corredor de Comercio, y de conformidad con el artículo 1.924.3 del Código civil es de reconocerle preferencia sobre el crédito del demandado de fecha posterior y surgido de sentencia firme (STS de 13 de febrero de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de aprobar (Ponente González-Alegre), pues como escribe Guilarte Zapatero (*Comentarios Albaladejo*, Tomo XXIII, p. 219), el fiador podrá valerse, en su propio beneficio, de las garantías constituidas por los terceros para asegurar la obligación principal y en situación concursales, de quiebra o suspensión de pagos tiene derecho a invocar en su propio beneficio los privilegios que puedan corresponder a la obligación afianzada, con la importante consecuencia de una clasificación privilegiada de su crédito en los mismos términos que hubieran correspondido al del acreedor principal. Lo que ocurriría en este caso es que la sentencia de la Audiencia Territorial consideró como fecha del crédito la de la subrogación por pago, apreciación errónea que el Tribunal Supremo rechaza con abundancia de argumentos. Sobre la preferencia otorgada a los créditos intervenidos por Corredor de Comercio, reconocida de antiguo por la jurisprudencia (sentencias de 27 de octubre de 1941, 3 de noviembre de 1971 y 1 de marzo de 1978) con base en el artículo 93 del Código de Comercio, puede verse Gullón Ballesteros: *Comentarios Albaladejo*, Tomo XXIV, pp. 769 y ss. (G.G.C.)

14. Culpa extracontractual: Daños por utilización de herbicida: Nexo Causal.—Falta el hecho inicial culposo del agente vendedor demandado para que pueda surgir la responsabilidad del artículo 1.902 del Código civil, máxime en un supuesto como el de autos en que, por tratarse de producción agrícola, son múltiples los factores de todo orden (clima, humedad, composición química de la tierra, forma de empleo de los productos, etc.), que influyen en ella y que, por tanto, requiere una escrupulosa valoración, no sólo de la conducta del demandado, sino de la estrictamente jurídica del nexo causal que no puede constatarse precisamente por la indeterminación de los hechos causantes del daño.

Prueba.—No es suficiente unas simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que en una mera coincidencia en el devenir del tiempo, induzcan a pensar en una remota interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso una prueba terminante de que esa interrelación existe, pues ello es la base de la culpa del agente, o, como dice la doctrina jurisprudencial, que en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la culpabilidad de aquél para establecer su obligación de repararlo (STS de 10 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Tres agricultores, tras arrendar 34 hanegadas de tierras y prepararlas para el cultivo de sandías, compraron —o, al menos, lo hizo uno de ellos—, un producto químico para incentivar el desarrollo y producción de dicho fruto; según alegan los demandantes, al emplearlo según las indicaciones del vendedor, no sólo no benefició la plantación, sino que la hizo improductiva, acarreado la pérdida del fruto deseado con los consiguientes daños y perjuicios que estiman en 5.100.000 pesetas. La demanda contra el vendedor del herbicida fracasó en ambas instancias.

El motivo de la desestimación radica en la falta de prueba de los requisitos de la acción *ex* artículo 1.902 del Código civil. No ha quedado acreditado el nexo causal entre la conducta del demandado, que se limita a expender un producto herbicida, que contiene las instrucciones para su uso redactadas por la empresa fabricante del producto, ajena a este pleito, dando unas instrucciones distintas sobre su forma de utilización, que en la práctica viene siendo indebidamente usado por los labradores; hay un informe pericial del Ingeniero Jefe del Servicio de Protección de Vegetales, según el cual no puede afirmarse que la muerte de las plantas obedezca al tratamiento efectuado con arreglo a las instrucciones del demandado, ni consta que el producto vendido por el demandado fuera realmente utilizado en la forma recomendada por este último.

COMENTARIO.—Varias cosas sorprenden en esta sentencia, de las que no resulta ser la de menor trascendencia la inadecuada o insuficiente dirección de la acción. La demanda se plantea exclusivamente contra el expedidor del producto, destacándose en la sentencia de la Audiencia Territorial que la empresa fabricante ha quedado ajena al pleito. De haber habido culpa en alguien, no parece que la del vendedor sea la de más entidad (salvo hipótesis poco verosímiles de mala fe por su parte). La prudencia parece aconsejar que se demande conjuntamente a ambos.

Los hechos se producen en 1983, antes de entrar en vigor la Ley de

Consumidores, pero no es infrecuente que el Tribunal Supremo invoque, como formando parte de la «realidad social» que ordena tener en cuenta como criterio hermenéutico el artículo 3.1 del Código civil, los nuevos criterios que resultan de leyes posteriores, en principio más modernas y adaptadas a las necesidades actuales. Sorprende tanto más que la sentencia no invoque los preceptos de dicha ley cuanto que la protección de consumidores consignada en el artículo 51 de la Constitución Española constituye un principio general de derecho que debe informar la actuación de los Tribunales, antes, incluso, de que se haya desarrollado por una ley.

En los daños por productos trata de obviarse, a través de diversos mecanismos, la dificultad de la prueba del hecho causante y del nexo causal. Sorprende en la sentencia anotada, que el Tribunal Supremo ponga énfasis, precisamente, en la prueba estricta de los requisitos de la acción ex artículo 1.902, cuando en tantos sectores de la vida social se aplica la inversión de la carga de la prueba o la presunción de culpa. Otro punto oscuro el relativo a si el vendedor siguió las instrucciones del fabricante, o impartió otras por iniciativa propia; tal como se dirigió la acción era suficiente que de estas últimas no se derivase perjuicio para las plantas para obtener la absolución de la demanda. (G.G.C.)

15. Culpa extracontractual: Daños por accidente de circulación: Responsabilidad por riesgo: Doctrina general.—Es doctrina jurisprudencial que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, ha ido evolucionando en aquélla hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, criterio exegético que se vigoriza a la vista del artículo 3.1 del Código civil, en cuanto introduce la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas; en materia de responsabilidad por hechos de la circulación esta Sala aplica, al lado de la presunción de culpa, el principio de la responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de la posesión del vehículo, prescindiendo de la culpa de las personas que lo manejan, por entender que el uso del automóvil ya de por sí implica un riesgo, y que este riesgo es suficiente de suyo para acarrear y exigir aquella responsabilidad.

Desprendimiento de ruedas: Descarrilamiento de tren: Culpa del conductor del camión.—Existe culpabilidad por parte del conductor del camión ya que el hecho de desprenderse la rueda supone una negligencia, aunque sea leve, y que una vez producido debió emplear más celo en localizar a dónde había ido a parar, para evitar el resultado dañoso; no puede entenderse erróneamente interpretado el artículo 1.902 del Código civil, pues éste impone la resarcibilidad del daño, tanto en los supuestos de responsabilidad por riesgo, como en los casos de responsabilidad por culpa.

Caso fortuito.—El caso fortuito supone un hecho realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que, para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea previsible e inevitable, y que cuando el acaecimiento fue debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, excluyente de la situación de excepción que el artículo 1.105 del Código civil establece.

Cuantía de la indemnización: Actos propios: Tasación presentada por el perjudicado en proceso penal.—La conducta de la entidad perjudicada al ejercitar una acción civil de reparación de los daños y perjuicios causados, por cuantía superior a aquella en la que los valoró en el proceso penal anterior, sin que ni siquiera intentara justificarse este exceso en razón al aumento sobrevenido de los daños, integra una falta de respeto al principio de los actos propios, en cuanto supone una palmaria oposición entre el contenido de la tasación inicial y la acción ejercitada en el proceso civil; no hay oposición con la doctrina mantenida en sentencia de 26 de mayo de 1981 al darse en el supuesto de hecho de ésta una apreciación prudencial de los daños personales o corporales que se reclamaban y tratarse de unas conclusiones provisionales en proceso penal que hubieran podido modificarse en las definitivas —trámite que no se alcanzó— (STS de 16 de febrero de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Como resulta habitual en el *modus procedendi* de la Sala 1.^a, al menos en el sector de responsabilidad por los daños de la circulación de vehículos, después de invocar los principios «progresistas» viene a añadirse la responsabilidad por culpa, a modo de reforzamiento argumental. La falta de diligencia en la búsqueda de la rueda desprendida de un remolque, causante del descarrilamiento de un tren tranvía, fundamenta la condena a indemnizar. Debe destacarse la aplicación de la prohibición del *contra factum proprium venire*, que motiva una estimación parcial del recurso. En efecto, el *quantum* indemnizatorio es igual, ya se ejercite la acción civil en un juicio de faltas, ya se inste autónomamente la acción civil en un proceso de esta clase. (G.G.C.)

16. Responsabilidad civil del médico: Principio culpabilístico.—Seguida en nuestro sistema casacional la tesis de la responsabilidad médica enmarcada en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso —como más reciente, la sentencia de 13 de julio de 1987—, es visto que al no haberse apreciado la menor culpa en los demandados y la total desconexión con el resultado final, la absolución de los mismos devenía indeclinable e insoslayable.

Falta de especialización médica: Prueba mediante minutas de honorarios.—Se pretende demostrar mediante las minutas de honorarios la falta de especialización médica de los demandados, dado que uno de ellos no es especialista en sistema

circulatorio, y el otro no es anestesista, sino analista; pero la sentencia declara que tal hecho no ha influido en lo más mínimo al haber sido correcto el tratamiento médico seguido por los doctores ahora demandados; se deriva de ello la inoperancia probatoria de tales minutas en cuanto a la justificación de una determinada especialización médica, dado que la sentencia declara probado que no puede imputarse responsabilidad médica alguna a los demandados. (STS de 12 de febrero de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia importante por confirmar la doctrina jurisprudencial en orden al carácter culpabilista tradicional de la responsabilidad médica. ¿Hay alguna garantía de que el Tribunal Supremo mantenga siempre esta doctrina jurisprudencial? ¿Cabe pensar en una evolución hacia criterios de responsabilidad por riesgo? Por otra parte, la escasez de datos fácticos contenidos en la sentencia literal que he manejado impide conocer las circunstancias del caso, del que sólo se sabe que hay un tratamiento inicial seguido por los demandados con base en un diagnóstico de contusión arterial, y que posteriormente, en otro centro hospitalario se realiza por otro facultativo la amputación de una pierna; la sentencia no da por probado que de haber intervenido en la primera fase un cirujano vascular se hubiera evitado la posterior amputación del miembro. La indemnización de 8.000.000 de pesetas fue estimada en primera instancia y desestimada en apelación, sin que se dé lugar al recurso. (G.G.C.)

17. Responsabilidad civil derivada de delito: Daños sobrevenidos: Inaplicabilidad de la cosa juzgada: Incapacidad laboral permanente por accidente de trabajo.—Es constante la jurisprudencia sobre la prevalencia de la sentencia penal condenatoria sobre la civil en aquellos supuestos en que unos actos ilícitos, culposos o negligentes, sean al propio tiempo constitutivos de delito o falta, en orden a la fijación de los elementos constitutivos del ilícito penal y de sus consecuencias en la responsabilidad civil, de tal manera que dictada una sentencia penal condenatoria, no puede una sentencia civil posterior volver sobre el mismo asunto para suplir sus posibles errores o deficiencias; pero la sentencia civil puede servir de complemento a una penal para supuestos que en ella no se tuvieron, ni se pudieron tener en cuenta, y fundamentalmente ante la presencia de unos resultados de la conducta delictiva, imprevisibles en el momento en que se dictó la sentencia penal, pues sería una artificiosa solución, contraria a la naturaleza de las cosas, negar la innegable realidad de un daño sobrevenido como consecuencia de una actuación ilícita; en tales casos, ante la imposibilidad de plantear otro proceso penal para reenjuiciar la conducta básica, si se negara la viabilidad de la pretensión de resarcimiento por medio del proceso civil, se produciría un incumplimiento del artículo 24.1 de la Constitución Española, pues se negaría el derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos.

Efectos civiles de la sentencia penal condenatoria.—No impide que se vuelva a plantear la responsabilidad civil por culpa extracontractual de quien fue enjuiciado y absuelto en el proceso penal; en el presente caso, de los tres acusados—constructor, arquitecto y aparejador—, fue absuelto el arquitecto y condenados los otros dos, por lo cual este acusado absuelto puede ser juzgado en la vía civil como consecuencia de la pretensión actora.

Daño moral: Legitimación de la esposa del obrero accidentado.—Está basada en el interés manifiesto que resulta de un perjuicio directo consecuente a la nueva situación del lesionado, cuya parálisis tiende a empeorar y que, actualmente, no puede prácticamente valerse por sí mismo y carece de apetencias de las relaciones sexuales, según dictamen pericial, lo que se traduce en una situación de su mujer conviviente especialmente penosa y sacrificada en orden a los gravosos deberes de atención al enfermo y pérdida de un importante elemento de las relaciones afectivas, lo que no supone estrictamente un daño físico, pero sí unos sufrimientos en el orden de los sentimientos afectivos más elementales que justifican la calificación de las consecuencias de hecho, para ella, como daño moral, tal como viene reconociéndolo la doctrina de esta Sala.

Falta de responsabilidad civil del arquitecto.—La sentencia penal absuelve al arquitecto porque entendió que, al advertir este profesional al constructor, la necesidad de conseguir la desviación de la línea eléctrica antes de realizar obras en su proximidad y al no tener un deber de presencia diaria para comprobar la forma en que se realizan los trabajos, su conducta no merecía la calificación de ilícita en el ámbito penal; en el ámbito civil el Tribunal entiende que la diligencia debida por el arquitecto quedó agotada con sus específicas, acertadas y probadas advertencias el riesgo que existía, y que se tradujeron en peticiones del constructor a la compañía eléctrica para desvío del cable, petición no atendida, pese a lo cual el constructor continuó la obra contra las expresas advertencias del arquitecto que, de haber sido observadas, hubiesen evitado el accidente.

Plazo de prescripción de la acción.—La acción derivada del artículo 1.092 del Código civil no prescribe al año, sino a los quince años, según el artículo 117 del Código penal.

Cuantía de la indemnización.—Es de libre apreciación de la Sala de instancia, y en este caso de esta Sala, y se fija en función de la magnitud del daño, edad de las víctimas (57 años el actor y 56 la actora), cuidados que requiere el lesionado, pérdida de su capacidad laboral e intensidad de los padecimientos que permiten la indemnización del daño moral, factores todos que llevan a estimar como proporcionada la cantidad solicitada en el escrito de demanda de 5.000.000 de pesetas, sin que se puede tomar por base la cantidad fijada en la réplica, ya que la variación del suplico, en una reclamación de cantidad concreta, no es permisible en el escrito de réplica, cuando consiste en la cuantía y por datos que, como la progresiva depreciación de la moneda y duración de los procesos judiciales, pudo haber tenido en cuenta el actor al tiempo de formalizar su demanda, y que en ningún modo resultan de datos relacionados con el curso ulterior del debate procesal.

Condena al pago de intereses moratorios.—Es sobradamente conocida la constante doctrina jurisprudencial que asigna los intereses de mora sobre la base de deudas líquidas, cualidad que no puede ser atribuida a una deuda por indemnización de daños y perjuicios cuya cuantía, ni consta de antemano, ni resulta de simples operaciones matemáticas, sino de criterios que deben ponderarse en la sentencia que constituye su acto de fijación. (STS de 9 de febrero de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Ponente: Carretero Pérez) por la meticulosa reconstrucción de los motivos del recurso, a veces confusamente redac-

tados, y por la precisión de redactar una sentencia condenatoria al estimar el recurso. No constituye novedad la admisión de la posibilidad de reclamar los daños sobrevenidos como secuela de lesiones causadas en accidentes de trabajo o tráfico, pero sí, a lo que me resulta, su fundamentación última en la prohibición de la *denegatio justitiae* del artículo 24.1 de la Constitución Española. Cierta novedad puede haber en la apreciación de los daños morales sufridos por la esposa del lesionado, y de éste mismo. Interés práctico ofrecen los criterios —acaso demasiado generales— para la determinación de la cuantía del daño. Correcta la denegación de intereses moratorios en este caso al tratarse de una cuantía indudablemente ilíquida. (G.G.C.)

18. Juegos de azar permitidos. La concesión de préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares de juego no transforma la actividad en ilícita.—La resolución recurrida no ha interpretado erróneamente el artículo 1.798 del Código civil, al entender que tras la legalización de los juegos de azar el ámbito de aplicación de este precepto queda reducido a los juegos de suerte, envite o azar no permitidos expresamente, por lo que al tratarse en el caso de autos de juego de azar permitido y practicado en lugar autorizado al efecto, es vista la correcta aplicación que del citado artículo hace el Tribunal de Instancia, debiendo añadirse en todo caso que el hecho de infringir la prohibición de conceder préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares de juego (artículo 10 del Decreto de 11 de marzo de 1977) no transforma el juego que es lícito en ilícito, pues los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (artículo 6.3 del Código civil), cual ocurre en el supuesto contemplado en el que tal contravención es objeto de especiales sanciones previstas en la propia normativa.

Facultad moderadora de los órganos judiciales.—Lo que el párrafo 2.º del artículo 3 del Código civil veda es que el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones de los Tribunales, a menos que la ley expresamente lo permita, pero en ningún caso la aplicación al supuesto litigioso de un concreto artículo del Código relativo a los efectos de los juegos no prohibidos y en cuyo precepto explícitamente se recoge y autoriza esa facultad moderadora que permite al Juez «reducir la obligación en lo que excediere a los usos de un buen padre de familia». Extremo que, además, corresponde apreciar a los Tribunales de Instancia. (STS de 23 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

4. DERECHOS REALES

19. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdo social.—La simple colocación de una verja o puerta móvil en el pasaje o calle particular con la única finalidad de impedir a los extraños su indebida utilización, en nada viene a alterar la naturaleza de elemento común que indudablemente ostenta el paso, ni le hace inservible para su adecuada utilización general que continúa sirviendo de acceso y comunicación, ni impide su normal uso por los comuneros, y, si esto es así,

no han sido violados los artículos 16 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal (STS de 15 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Varios copropietarios formularon demanda de nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios para proceder al cierre de la calle interior que separa los dos bloques.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospere el recurso de casación.

20. Acción reivindicatoria sobre terreno ganados al cauce colindante a la finca del actor. Las actas de deslinde no contienen declaración de posesión ni de propiedad.—Así centrado el contenido y razón de ser del motivo, es evidente su improcedencia, ya que la pretensión en él contenida tiene un punto de partida erróneo, en cuanto que el hecho de haberse realizado el deslinde del cauce del Barranquillo del Aceite carece de trascendencia a los efectos que el recurrente pretende, toda vez que como tiene dicho esta Sala reiteradamente, «las actas de deslinde sólo resuelven cuestiones de límites, pero no contienen declaración de posesión ni de propiedad (sentencias de 24 de septiembre, 6 de octubre y 10 de noviembre de 1986 y 23 de julio de 1987). En consecuencia, esos «...terrenos colindantes con dicha finca por el Poniente de la misma, ganados al cauce del Barranquillo del Aceite...», que se han dejado indicados en el apartado a) del primer fundamento y respecto de los cuales solicitaba el hoy recurrente se le declarase propietario por accesión, al no haber acreditado que hubiesen sido desafectados de la titularidad dominical estatal sigue perteneciendo al Estado, estando claro que la interpretación dada por la sentencia impugnada con vistas a los documentos citados y respecto del referido extremo, es la adecuada.

Falta de litisconsorcio pasivo necesario.—El Estado sigue conservando la titularidad dominical del cauce cuestionado, cuya adjudicación por accesión y en propiedad interesó en su demanda el ahora recurrente. Es obvio, por tanto, que reclamándose el dominio de un inmueble que aparece, al menos en principio, es de otro, este presunto o cierto titular ha de ser incluido en el mecanismo del proceso y al no hacerse, la falta de litisconsorcio pasivo necesario resulta innegable. (STS de 1 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

21. Caducidad de usufructo. Usucapión en favor de hospital.—Salvo que otra cosa se disponga en el título de constitución de tal derecho —que según su dimensión podría confundirse con el dominio, del que en principio es una facultad segregada del mismo, el usufructuario ha de respetar la esencia de la cosa usufructuada, y, en el presente caso, la escritura de 13 de noviembre de 1876 en su condición Primera dice «que el día que la casa cedida (debe decir cosa), fuese por el concepto que fuese, dejase de aprovechar directamente al Santo Hospital en la forma de usufructo y se incorporará nuevamente a la propiedad, la cual el cedente reserva perpetuamente para sí y los suyos», por lo que si ya en el año 1884 el usufructuario hizo desaparecer el huerto y construyó un edificio para espectáculos —Teatro Apolo o Jardines Apolo—, cuya realidad conocía el cedente que intervenía y firmaba las actas de sesiones del Patronato de dicha Institución benéfica, del que formaba parte como miembro del mismo, en que se resolvían cuestiones afectantes a ese edificio y su explotación como espectáculo y

posteriormente lo consentían los familiares y herederos, vecinos de la población donde se ubica tal edificio, quíerese decir que ya con arreglo al estatuto constitucional, el usufructo había caducado «ipso facto», como gráficamente expone la escritura tan mencionada de 13 de noviembre de 1876, y paladinamente se reconoce en la demanda de conciliación formulada por la familia Samá el 26 de abril de 1961 (folios 537 y 538), lo que supone que el huerto cedido que debía cumplir una finalidad de ayuda alimentaria de la Institución cesionaria, al desaparecer como tal finca hortofrutícola hizo caducar el usufructo sobre él constituido, comenzando una posesión sin título, ni buena fe, pero que a ciencia y paciencia del cedente y sus causahabientes perduró al menos hasta 1961, en concepto de dueño y con el «animus rem sibi habendi», que lo hace apto para la prescripción extraordinaria conforme al artículo 342 de la Compilación Foral catalana según el Derecho actual y al Usatge 156 «omnes causae», que sólo exige treinta años de posesión, incluso con mala fe, «sis vol bonas o malas» y que derivado según común doctrina científica, de la Ley 3, Título II, Libro X del Fuero Juzgo, copia a ésta dicho usatge en su texto latino, casi literalmente, haciéndose notar que la treintena de años se considera común a la prescripción extintiva y adquisitiva en el derecho común catalán anterior a la Compilación Foral de 1960. (STS de 22 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

5. DERECHO DE FAMILIA

22. Adopción: Derecho derogado: Nulidad instada por progenitor que no intervino en el expediente: Hija nacida de matrimonio canónico anulado: Guarda encomendada a la madre que contrae nuevas nupcias: Adopción por el nuevo marido de la madre: Naturaleza jurídica de la adopción.—La doctrina jurisprudencial y científica califica a la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal, distinguiéndose legalmente tres clases de intervenciones en el mismo: el consentimiento propiamente dicho que deben prestar el adoptante y su cónyuge, y el adoptado mayor de catorce años y su cónyuge, requisito esencial del negocio adoptivo, cuya ausencia produciría la inexistencia del mismo por aplicación del artículo 1.261 del Código civil; el asentimiento que deberán prestar el padre y la madre del adoptado menor de edad sujeto a la patria potestad, y el tutor con la autorización del Consejo de Familia; y simplemente deberán ser oídos el adoptado menor de catorce años, el padre o madre privado de la patria potestad, etc.

Naturaleza del asentimiento del padre del adoptado en el Derecho derogado.—Estaba regulado por la Ley 11/1981, aplicable al presente caso, como una *conditio iuris*, cuya ausencia puede producir una «ineficacia condicionada» del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del Juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta «lo que considere más conveniente para el adoptado, si cualquiera de los llamados a prestar el consentimiento, fuera de los casos del adoptante y del adoptado, no pudieran ser citados, o citados no comparecieran»; este arbitrio judicial no está en contradicción con la posible extinción de la adopción, como una facultad concedida al padre o a la madre «que no hubieren intervenido en el expedien-

te de adopción, ni prestado el consentimiento, si probaran que fue por causa no imputable a ellos» (artículo 177.2).

Forma de prestación del asentimiento por el padre del adoptado: Prestación posterior en acta notarial revocada a los tres días.—El requisito del consentimiento o asentimiento del padre, cuya forma de prestación dudosa ha quedado interpretada de modo auténtico en la reciente reforma de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, cuando señala que deberá hacerse «en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil», exigiéndose la presencia judicial y la constancia en los autos en el nuevo artículo 1.826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el presente caso se ha pretendido obviar la falta de consentimiento del padre legítimo (según la denominación vigente) en el expediente de adopción de su hija, mediante una manifestación contenida en acta notarial, revocada a los tres días después de una entrevista mantenida con su ex-esposa e hija, pero tal pretensión carece de eficacia por falta de forma.

Interés del adoptado: Marido de la madre separado de hecho que convivió poco tiempo con la adoptada.—En esta clase de procesos existe la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses y preferencias del menor, como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al adoptado, todo ello en concordancia con el artículo 39 de la Constitución Española y los principios informadores de las últimas reformas del Código civil; en el presente caso es muy digna de tenerse en cuenta la opinión de la adoptada manifestada ante los psicólogos y el escaso período de tiempo que convivió familiarmente con el esposo de su madre, y padre adoptivo de ella. (STS de 19 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Supuesto de hecho, humanamente complejo, que se reduce a decidir si es válida la adopción otorgada al cónyuge de la madre cuando el padre (cuyo matrimonio con aquélla fue anulado) no ha sido oído en el expediente por causas no imputables al mismo; el segundo matrimonio de la madre ha durado pocos meses, encontrándose en situación de separación de hecho convenida al poco de aprobarse judicialmente la adopción; pertenece a la anécdota de la historia que después de presentada la demanda de extinción de la adopción, al amparo del derogado artículo 177.2, el adoptante logra del progenitor que desista del pleito y haga constar en acta notarial su aprobación de la adopción ya realizada, manifestación que revoca a los tres días después de que le visitan su ex-esposa e hija.

COMENTARIO.—Ante todo ha de aprobarse la doctrina sentada por el Tribunal Supremo al rechazar el recurso interpuesto por el adoptante. ¿Qué interés ha de suponersele en mantener una adopción cuya única razón de ser era el matrimonio contraído con la madre, si éste fracasa a los pocos meses? En la adopción del hijo del consorte, contemplada tanto en la normativa derogada (artículo 178, párrafo 1.º) como en la vigente

(artículo 176.2.2) hay a modo de una cláusula *rebus sic stantibus* que debiera permitir la extinción del negocio adoptcional cuando se disuelve el matrimonio que le sirvió de *ocasio*. La legitimación, no sólo legal, sino moral y ética, del ex-marido de la madre para pedir la extinción de esa fugaz adopción, es completa, pues sigue siendo titular de la patria potestad sobre la menor adoptada, aunque la guarda corresponda a la madre, y en tal calidad pueda tratar de obviar los inconvenientes para su hija derivados de la inestabilidad sentimental de la madre.

Es interesante la declaración jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de la adopción que refleja la *communis opinio* de la doctrina y jurisprudencia respecto a la Ley de 1970 y reformas ulteriores, en un momento en que la nueva normativa instaurada por la ley de 1987 ha desconcertado a la doctrina, y se oyen voces sobre el carácter publicístico que asume la institución. No creo que tal doctrina resulte trasladable, sin más, al Derecho vigente, pero sí resulta claro el ánimo continuista que en esta sentencia exhibe el Tribunal Supremo. No es ahora el momento de exponer mi opinión favorable a mantener el negocio adoptcional en el ámbito del Derecho privado, pese al incremento de la intervención administrativa en la vigente Ley de 1987. (G.G.C.)

II. DERECHO MERCANTIL

23. Contrato de seguro. Comunicación del siniestro.—En cuanto a la reclamación extemporánea del siniestro, según el contenido del artículo 54 de las condiciones generales de la póliza que fija como límite el de las 48 horas de conocido, debe estarse a lo que dispone con carácter de Derecho necesario el artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro. Ciertamente que existen razonables dudas acerca de si las condiciones que libremente consignan los interesados han de prevalecer sobre la citada ley; pero debe entenderse que al menos las disposiciones de su Título I, con la generalidad y el carácter de derecho necesario que les atribuye el artículo 2, han de aplicarse también al seguro marítimo en evitación en el presente caso de una sanción al asegurado a todas luces excesiva y expresamente rechazada por el legislador al derogar el artículo 1.796 del Código civil. (STS de 19 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Estando el yate asegurado atracado en un muelle, al ponerse en marcha sobrevino una explosión, hundiéndose envuelto en llamas. La aseguradora, frente a la reclamación del asegurado, opuso que el siniestro se produjo por dolo o negligencia culposa del asegurado y que el asegurado incumplió la cláusula 54 de la póliza al no dar conocimiento del siniestro dentro del plazo de las 48 horas siguientes de la noticia del siniestro.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el asegurado. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia. No prospera el recurso de casación.

24. Propiedad industrial. Modelo industrial y modelo de utilidad.—En ambas clases de modelos son esenciales para su eficacia y validez la originalidad,

que además de no ser copia o imitación de otro tipo, supone una aportación de elementos que individualizan y definen el modelo, y la novedad, que lleva consigo la nota de lo que no es conocido, de aquello que no existía antes. (STS de 15 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes postularon en sus recíprocas demandas acumuladas la declaración de nulidad de la inscripción registral de un determinado modelo de utilidad, titulado «perfil de sección cilíndrica», alegando la carencia de novedad del modelo impugnado.

La Audiencia Territorial declaró la nulidad de la inscripción del modelo de utilidad. No prospera el recurso de casación.

25. Contrato de agencia en exclusiva. Resolución unilateral.—Si bien la resolución unilateral, por la sola voluntad de una de las partes, del contrato de agencia en exclusiva, jurídicamente posible y válida, no comporta *per se* la necesidad de indemnizar los daños causados por la disolución del vínculo, no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria, y ello no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso se hubiera prescindido del mismo, sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente.

Pacto de exclusiva por tiempo indefinido. Revocación «ad nutum».—Que dicho pacto, al orientarse en el sentido de evitar la concurrencia en el mercado, entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes, que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado. Que la jurisprudencia de esta Sala proclama en sus sentencias de 19 de marzo y 28 de mayo de 1966 la necesidad de que dicho pacto no fuera ilimitado en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que el empleo de la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspase los límites de la equidad y de la buena fe. Que si no se pacta la fecha en que el contrato debe dejar de producir sus efectos no puede exigirse indemnización, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de las partes. (STS de 22 de marzo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de agencia, en virtud del cual una de ellas actuaba en representación de la otra y con carácter exclusivo en las provincias de Alicante y Murcia, teniendo asignadas unas comisiones. Se produjo la resolución unilateral del contrato, con el aprovechamiento subsiguiente de las ventajas comerciales conseguidas en las zonas de Alicante y Murcia, y, entre ellas, la captación de la clientela alcanzada a lo largo de varios años.

De conformidad con la sentencia de la Audiencia Territorial, el Tribunal Supremo condenó a la demandada a abonar una determinada indemnización por el aprovechamiento de la clientela captada por la parte actora.

26. Sociedad mercantil irregular. Prueba de la compraventa de participaciones. Presunción de consentimiento tácito del cónyuge del vendedor.—El motivo merece también ser repelido, en primer lugar, porque la prueba de la compraven-

ta tan citada se obtiene por medios directos, cuales son, entre otros, los hechos de haber satisfecho parte del precio al comprador y constar previamente que la participación de los socios en la sociedad es igualitaria y no diferente como se pactó en un principio, y tiene declarado esta Sala en multitud de sentencias que la prueba de presunciones no es utilizable cuando se dispone de pruebas directas. Y aunque no fuera así, es evidente que la explicación de la conducta de las partes no tiene más base que la existencia del contrato traslativo mencionado. En segundo lugar, en cuanto a la no participación de la esposa del vendedor en el contrato, ya se ha declarado por esta Sala en sentencia de 10 de octubre de 1982, 22 de enero y 6 de diciembre de 1983 y 5 de mayo de 1986, recogiendo doctrina sentada en sentencias anteriores, que aunque en la transmisión no exista el consentimiento de la mujer, la venta no es nula de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia de la esposa o de sus herederos, como resulta de los artículos 65 del Código civil, redacción de Ley de 2 de mayo de 1975, y 1.322, redacción vigente; pero no a instancia del marido ni de la persona que con él contrató. Aparte de ello el consentimiento de la esposa puede ser expreso o tácito, demostrado este último por la propia pasividad y no oposición a la venta, cual ha ocurrido sin duda en este caso. Por último, es de observar que el consentimiento «uxoris» tácitamente manifestado es cuestión de hecho que incumbiere investigar a la Sala de Instancia; pero en esta «litis» fue cuestión que propiamente no se planteó, por lo que hay que presumir al menos aquel consentimiento tácito.

Determinación del precio de las participaciones vendidas.—La cuestión de hecho examinada en el primero y segundo de los fundamentos de derecho que anteceden ha evidenciado, por otra parte, que el precio de la discutida compraventa se integró en su proporcionalidad con la participación total de cada consocio y en la totalidad del capital social previsto y realizado, aunque no llegara a constituirse sociedad anónima alguna.

Aplicación subsidiaria del régimen legal de las sociedades colectivas.—Se trata no de una sociedad anónima, sino de una sociedad irregular mercantil, por tanto, resulta imposible, como declaró ya la sentencia de 25 de marzo de 1987, denunciar la no aplicación de un precepto inaplicable por no existir el elemento básico para su aplicación, que es la existencia de una sociedad anónima, y en cuanto al artículo 121 del Código de Comercio, la Sala «a quo» no lo ha infringido, sino que lo ha aplicado correctamente en cuanto se atuvo a lo pactado en primer lugar y en segundo a las normas del Código de Comercio aplicables.

El motivo quinto es desestimable por las siguientes razones: a) Dados los hechos probados, la Sala «a quo» estimó acertadamente que se trata de una sociedad mercantil irregular, por tener en cuenta un fin de lucro y ejercicio de una actividad mercantil (la venta de porciones de agua a diversidad de adquirentes), y siendo así queda excluida del ámbito civil, que aunque persigan también un fin de lucro (artículo 1.665 del Código civil) no ejercen actividad comercial, y con este supuesto de hecho ya esta Sala en sentencia de 21 de junio de 1983 admitió la existencia de sociedad irregular mercantil concertada en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las colectivas, con aplicación a la normativa específica del Código de Comercio. b) Habrá de estarse, por tanto, en primer lugar a lo convenido en este caso en el contrato privado de 5 de

marzo de 1965, el que, en cuanto a formas de disolución de la sociedad, señala expresamente el acuerdo de los socios, la pérdida de la mitad del capital «y por las demás causas establecidas en la ley». Fórmula esta última que permite aplicar, como ha hecho la sentencia recurrida, el artículo 222 del Código de Comercio en cuanto a la resolución o disolución por muerte del socio en las sociedades colectivas.

Los bienes inmuebles aportados siguen siendo de propiedad de los socios.—Al constituirse una sociedad proyectada como anónima, pero sin llegar ésta a tener existencia legal, resultó una sociedad irregular dedicada a actividades comerciales sin constitución de personalidad jurídica distinta de las de los socios que la componen, por tanto, evidente es que a falta de todo pacto en contrario, las aportaciones incluso de bienes inmuebles no salieron de la propiedad de los socios singulares, que conservaron su dominio respectivo hasta en trance de liquidación, como reconoció la sentencia de esta Sala de 17 de septiembre de 1984.

Transcurrido el plazo pactado, no cabe compeler a la constitución de tal sociedad.—No existe sociedad anónima, sino meramente un proyecto para constituir una sociedad de esta clase que había de constituirse efectivamente en el plazo de seis meses, cuyo plazo transcurrió sin que ninguna de las partes instase nada al efecto, y una vez transcurrido es evidente que «a fortiori» ninguna de las partes puede ser compelida a tal otorgamiento y constitución, por ser ello incompatible con la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad de cada contratante. (STS de 20 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Cuatro personas firmaron un contrato privado de sociedad, participando en la misma en forma desigual y comprometiéndose a constituir una sociedad anónima en el plazo de seis meses. Posteriormente, el socio mayoritario vendió una parte a otro socio, con el objetivo de lograr que los cuatro socios participaran con la misma cuota. Los herederos del socio vendedor solicitaron la declaración de inexistencia y nulidad de la transmisión de participación, por indeterminación del precio y por falta de consentimiento del cónyuge del transmitente; también formularon la pretensión de que se constituyera la sociedad anónima proyectada y de aplicar las reglas de la comunidad de bienes al período en que no se había constituido aquella sociedad. La sentencia recurrida desestima tales pretensiones y, dando lugar a la reconvencción formulada por los demandados, declara disuelta la sociedad irregular, debido al fallecimiento del socio que en un principio había sido mayoritario y del que los actores eran herederos. (L.F.R.R.)

III. DERECHO PROCESAL

27. Recurso de revisión.—La interpretación de los supuestos en que procede el recurso de revisión ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal.

Maquinación fraudulenta.—Se considera maquinación fraudulenta, a los efectos del recurso, la designación en la demanda, como domicilio social de la de-

manda, de un lugar que no se corresponde con el real ni con el que figura en la inscripción registral.

El «levantamiento del velo» de la persona jurídica.—Es doctrina de esta Sala que a los Tribunales corresponde penetrar en el «substratum» de las personas jurídicas, en su interior («levantar el velo»), para evitar el abuso de su independencia o que al socaire de esa ficción o forma legal se perjudiquen los intereses ajenos, se consume el fraude, se falte a la buena fe o se ejercite un derecho de forma antisocial, resultando incuestionable que lo mismo ha de hacerse con las uniones o coligaciones de empresas y con los supuestos de corresponsalías, agencias o sucursales si se utilizan, como en el presente caso, para crear confusio-nismo en quienes con ellas contratan y aprovecharse después de la apariencia creada. (STS de 19 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Se trata de un recurso de revisión, al que se opone la parte demandada alegando que la sociedad de transportes tuvo siempre noticias, a través de su sucursal o corresponsalía en Castellón, de la existencia y vicisitudes del procedimiento judicial reclamatorio.

28. Excepción de litis consorcio pasivo necesario.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo contempla de manera genérica los procesos acumulativos litisconsorciales, como surgidos del ejercicio de un derecho potestativo por la parte demandante, según lo demuestra su artículo 156, no por ello se opone a que en determinadas hipótesis sea imprescindible, para que la relación jurídico procesal quede válidamente constituida, la integración en el juicio de cuantos elementos subjetivos estén vinculados frente al actor de forma conexa e independiente en el negocio sustantivo de que deriven la acción hecha valer ante los Tribunales, bien por imperativo de algún precepto legal o porque dichas personas pudieran resultar afectadas por la resolución judicial que pusiere fin a la controversia, puesto que de otra forma se conculcaría el principio general de derecho que establece que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, con lo que, de todas formas, incluso de oficio, habría que estimarse la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario y decretar la absolución en la instancia sin resolver sobre el fondo de las pretensiones puestas en juego en el litigio. (STS de 25 de febrero de 1988, ha lugar.)

29. Tercería de dominio interpuesta por la esposa del deudor. Deuda anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981. No se acredita el carácter privativo del bien embargado.—Siendo en nuestro Derecho la tercería de dominio una oposición al proceso, tendente a evitar que la realización de un crédito se haga en bienes de un tercero ajeno a las cuestiones debatidas no sólo la ajénidad, en este caso más que discutible dado el vínculo existente entre tercerista y deudor y la actividad mercantil origen de la responsabilidad económica contraída por el esposo y actora, sino básicamente la afirmación de que los bienes sobre que se actúa en el proceso principal del que, en definitiva, la tercería es un incidente, como expresamente dice el artículo 1.534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, efectivamente pertenezcan al tercerista ha de quedar establecida sin asomo de duda para que la acción de éste sea atendible (sentencias de 22 de junio de 1982, 13 de febrero y 22 de julio de 1985, entre otras muchas) como, en esencia, concluye

la sentencia combatida cuya decisión desestimatoria de la tercería por considerar no acreditada la condición de privativos de los bienes reclamados en el incidente encuentra, por otra parte, un notable refuerzo en los hechos igualmente acreditados y así expuestos por el juzgador de instancia de que, en la escritura de capitulaciones matrimoniales, en que se atribuyeron tales bienes a la esposa, son inicialmente calificados una vez de originariamente gananciales y otras de privativos, apareciendo tal escritura y capitulaciones más bien como un intento «de mudar la condición del bien», según expresa la sentencia impugnada, dejando entrever una muy verosímil conducta fraudulenta en la que, el deudor demandado y su esposa tercerista, tratan de refugiarse en aquel mudamiento poniendo en juego, al efecto, la normativa legal que al matrimonio a otorgar capitulaciones y en ellas cambiar su inicial régimen económico para colocar a los gananciales a cubierto de una responsabilidad ya postulada judicialmente. La cita que es oportuno hacer, en este caso, del artículo 6, número 4, amén de la del párrafo 1 del 7 del Código civil ambos, es bastante a frustrar todo intento sobre el particular con rechazo también del motivo 4.º en el que cuestiona el recurrente la interpretación hecha por el juzgador del artículo 1.404 del Código civil en su redacción anterior a la reforma de 1981, partiendo de la condición de privativos de los bienes a que la tercería se contrae, condición no acreditada como se ha repetido en declaración de instancia que permanece y encuentra apoyo en un documento público que añade a las contradicciones internas en que incurre su más que dudosa finalidad. (STS de 15 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

30. Tercería de dominio sobre bienes embargados en un concurso de acreedores. Naturaleza del concurso.—El concurso de acreedores es un procedimiento de ejecución colectiva o general y el auto declarando el estado de concurso es el título ejecutivo que se exige en todo procedimiento de tal naturaleza, señalando el artículo 1.173 del propio texto legal que en el propio auto se decretará el embargo y depósito de todos los bienes del deudor; el artículo 1.913 del Código civil señala el supuesto en el que el deudor ha de presentarse en concurso, sin poder solicitar quita y espera y el artículo 1.175 regula una de las formas de pago, la que tiene lugar por cesión de bienes, a la que se puede llegar mediante convenio, pero sin que la conjunción de estos preceptos permita sacar la conclusión que obtiene el recurrente de que el procedimiento concursal de acreedores no implica embargo y sí, sólo, una cesión de bienes, pues de la simple lectura de tales preceptos se desprende lo contrario, ya que el propio artículo 1.175 del Código civil remite a la Ley de Enjuiciamiento y aunque ésta, en su artículo 1.156, define el concurso voluntario como el promovido por el deudor cediendo todos sus bienes a sus acreedores, es lo cierto que el artículo 1.173, ya citado, no hace distinción alguna entre concurso voluntario y necesario.

Naturaleza de la tercería de dominio.—La jurisprudencia viene perfilando su naturaleza al señalar que, aunque con indudable analogía, no siempre puede identificarse con la acción reivindicatoria (sentencias de 15 de febrero y 22 de julio de 1985), ya que la primordial finalidad de la pretensión actuada en la tercería de dominio es el levantamiento de la traba de embargo afectante al bien que sea su objeto, por lo que conviene más a la acción del tercerista el carácter de declarativa de la titularidad dominical del bien embargado y consiguiente levanta-

miento de una traba que recayó sobre bienes que no eran de la propiedad del deudor ejecutado (sentencia de 26 de septiembre de 1985) especificando las diferencias la de 8 de mayo de 1986, que también concreta que es el tercerista quien deberá acreditar el derecho que invoca, por constituir presupuesto inexcusable para el éxito de su pretensión, con arreglo a la distribución del «onus probandi» que establece el artículo 1.214 del Código civil.

Falta de entrega. Alcance de la no intervención de fedatario público en la compraventa de valores mobiliarios.—Si bien transmitir significa trasladar, transferir, enajenar o dejar a otro un derecho u otra cosa (véase Diccionario de la Real Academia), sigue vigente la doctrina jurídica contenida en el artículo 609 del Código civil, conforme al cual la propiedad y los demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, de manera que de los contratos sólo nacen acciones personales para poderse exigir los contratantes las obligaciones que eventualmente contraen, pero para acreditar la propiedad, para ejercitar los derechos correspondientes al dominio, se requiere la tradición, exigencia que reitera el artículo 1.095, determinado los artículos 1.461 a 1.465, con ocasión de la compraventa, las diversas formas de realizar la entrega, con la que comienza sobre las cosas del señorío o del hecho de la posesión y no por el simple contrato; de otra parte, contradicen las manifestaciones del hoy recurrente las que hizo en su demanda, en la que expresó que ejercitaba su acción —prescindamos ahora de que la llamase reivindicatoria, aunque tal fuese— al objeto de reclamar las acciones «de los tenedores o poseedores», desprendiéndose también de los artículos 1.234 y 1.269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que las mismas no se encuentran en su poder («puestos los Síndicos en posesión de los bienes», «nota de los bienes de cualquier clase que el concursado tuviere»).

Si el legislador hubiera querido modificar su «constante pauta» lo hubiera hecho sin limitar su excepción a los términos de la Ley 2/1981, y al mantener la intervención de los fedatarios, mientras otra cosa no se disponga, lo hace como requisito formal y de garantía para terceros, siguiendo vigente la doctrina jurisprudencial de «que la compraventa de valores mobiliarios presenta en nuestro Ordenamiento positivo, según sentencia de 7 de marzo de 1925, dos momentos perfectamente diferenciados: uno, el de la celebración del contrato, cuya efectividad para quienes lo concertaron no depende de la presencia del funcionario o mediador de ninguna clase (artículo 74 del Código de Comercio), y otro, el de su ejecución o transmisión de las acciones enajenadas, que si bien en un principio se produjo por la simple tradición del documento (artículo 545, número 2), más adelante y a partir de la promulgación del artículo 1 del Decreto de 19 de septiembre de 1936, declarado vigente por el primero, inciso 4, apartado a) del Decreto de 14 de diciembre de 1951 y tercero de la Ley de 23 de febrero de 1940, precisó para lograrlo la intervención de Agente de Cambio o Corredor de Comercio, al extremo de que la ausencia de este requisito no sólo priva a dicha operación de la irrevindicabilidad, que en otro caso le asigna el número 3 del repetido artículo 545, sino que la convierte en radicalmente nula... si bien semejante sanción, por su carácter excepcional, no se extiende a la del convenio que sirvió de antecedente a la transmisión... que produce todos sus efectos entre quienes lo suscribieron y sus herederos, que recíprocamente pueden compelerse a formal-

zarlo conforme a lo que antes se expresa. (STS de 8 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

31. Tercería de dominio. Documento privado por el que se reconoce la transmisión fiduciaria y en garantía del piso embargado: No afecta al tercero que confía en la apariencia creada por la publicidad registral.—La pretensión del recurrente carece totalmente de viabilidad por las siguientes razones: a) los documentos públicos hacen prueba contra terceros del hecho que los motiva y de la fecha de su otorgamiento, vinculando además a los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones en ellos contenidas; b) los documentos privados, legalmente reconocidos, solamente vinculan a los que los suscribieron y sus causahabientes, afectando a los terceros respecto a la fecha, desde el día en que, entre otras circunstancias, fueron entregados a un funcionario público; c) los documentos privados hechos para alterar lo pactado en una escritura pública, no producen ningún efecto contra tercero; d) se entiende por tercero contractual, la persona que no ha sido parte en la celebración del contrato, ni es causahabiente de los contratantes, o dicho de otro modo, el contrato es para la misma «res inter alios acta...»; e) la compraventa de fecha 26 de febrero de 1976 está revestida formalmente de todos los requisitos necesarios para transmitir la propiedad de la finca, incluso la «ficta traditio» del artículo 1.462.2 del Código civil; f) la simulación o la causa falsa es de apreciación del Juez como cuestión de hecho, y su impugnación ha de hacerse en casación por la vía del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencias de 17 de noviembre de 1983 y 3 y 22 de marzo de 1963); g) al margen de la no vinculación a terceros del contenido del documento privado de fecha 11 de diciembre de 1978, en ningún momento anterior, y durante seis años se ha ejercitado ni obtenido la nulidad de la escritura pública de compraventa de fecha 26 de febrero de 1976 (artículo 1.301 del Código civil), y h) el «onus probandi» respecto a la propiedad de la finca objeto de tercería, correspondía, como ya hemos visto, al recurrente, según el sentido del artículo 1.214 del Código civil. Este cúmulo de razones legales y jurisprudenciales, impiden que un pacto indiscutiblemente privado, suscrito y protocolizado pasados tres años desde el otorgamiento de la escritura pública de compraventa que trata de modificar, puede, al cabo de seis años de la pacífica existencia de esta escritura, afectar a terceras personas, que con base en la publicidad de esa transmisión, han ejercitado sus legítimos derechos; razonamiento que necesariamente conduce al rechazo de los dos motivos estudiados. (STS de 12 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

32. Tercería de dominio interpuesta por la esposa del deudor. Ejecución sobre bienes gananciales a consecuencia de un aval suscrito por el marido con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981.—Este Tribunal tiene proclamado: a) que lo primero a contemplar en supuestos como el presente, es si el accionante de tercería tiene la condición de «tercero» o si es deudor, dado que, en esta segunda hipótesis, carecerá de legitimación para el ejercicio de la pertinente pretensión (sentencias, desde la inicial de 25 de junio de 1895 a la última de 10 de diciembre de 1986); b) que en esta tercería de dominio aparece acreditado, cual se ha indicado en el precedente fundamento, que quienes accionan son coti-

tulares de los bienes embargados por razón de pertenecer los mismos al patrimonio ganancial y como consecuencia de su matrimonio con los ejecutados a título de avalistas del deudor principal; c) que vigente el régimen ganancial y como también tiene declarado esta Sala en sus últimas resoluciones, la esposa demandante no tiene en estos casos la condición de «tercero» ni, por tanto, la legitimación activa precisa para esgrimir la acción de tercería de dominio, toda vez que no constando se haya hecho liquidación de la sociedad ganancial y no siendo ésta, jurídicamente hablando, una comunidad romana o por cuotas cual la del artículo 392 del Código civil, ni la titularidad de dicho patrimonio corresponde por cuotas a cada uno de los cónyuges, ni tampoco a uno de ellos, viviendo el otro, la mitad del mismo, siendo preciso para que ello pueda suceder la liquidación de tal sociedad y la adjudicación de los bienes resultantes, nada de lo cual parece se haya realizado aquí (sentencias de 11 de abril de 1982, 2 de febrero de 1984, 26 y 29 de septiembre de 1986). (STS de 4 de febrero de 1988, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

