

## V A R I A

LUIGI FERRI: *L'esclusione testamentaria di eredi* (La exclusión testamentaria de herederos) en *Riv. di Dir. civile*; 1941-3, páginas 228-250.

Nuevamente vuelve a agitarse la cuestión por nosotros rápidamente discutida en REVISTA CRÍTICA (núm. 156) con motivo de un artículo del Registrador Sr. Ventura y del trabajo publicado por el Sr. Casso en la Revista de la Facultad de Derecho de Madrid.

Para los profesionales españoles que separamos la desheredación referente al heredero forzoso, en atención a su posibilidad, causas, forma, prueba y efectos, de la exclusión del presunto heredero legítimo, los campos aparecen tan deslindados que no acertamos a comprender las dudas de los autores italianos.

Por de pronto, Ferri cita la opinión de Luigi Ordine sobre una sentencia de hace medio siglo: "Nos parece que un testamento de exclusión encierra muchos elementos que lo hacen impugnable. Ciertamente no debe ser un ánimo sereno el de quien ordena una disposición de última voluntad, limitándose a excluir un heredero. Alguna razón tendrá el testador, pero acaso se trate de un fugaz motivo o de un movimiento de ira." Siguiendo esta dirección y los postulados ético-jurídicos fascistas, hoy se ataca la doctrina hace poco tiempo dominante en Italia, que intentaba en todo caso ejecutar la voluntad del difunto y llegaba a fundamentar la sucesión en el supuesto de exclusión (por ejemplo, de un hermano) sobre la *institución implícita* de los que están en la misma categoría que el excluido. Veamos cómo configuraba Dusi esta afirmación:

"Se puede tener un testamento puramente negativo en el sentido

de que el testador se limita a excluir a determinado heredero legítimo (no legitimario), con lo que implícitamente se entiende que ha instituído a los otros herederos legítimos." Consecuencia inmediata del sistema sería la de que si el heredero implícitamente instituído no sucede por cualquier razón, el excluido fuere llamado a la herencia; pero, de un lado, Losana confiere al acto dispositivo, bien que hecho en forma negativa, el efecto de privar, en absoluto, del beneficio de la sucesión al excluido, y Bennetin y Vitalin sostienen que la exclusión expresa sobrevive a la caducidad de la institución que la acompaña. Las divergencias dentro de la doctrina dominante surgen al calificar la delación hereditaria de los *no excluidos* (o sea de los llamados implícitamente al excluir a una persona): según unos, suceden por testamento; según otros, abintestato; según algunos, por testamento y ley.

En el Derecho italiano moderno, como en el español (v. C. c., 912, 2.º), no hay inconveniente en admitir respecto de una misma herencia la posibilidad de que sea diferida por los dos títulos; pero debe tenerse presente que las leyes parecen referirse, cuando conceden esta concurrencia, a los bienes de que no se hubiese dispuesto, no a elementos patrimoniales idénticos (una casa).

Todavía nos confunde más el argumento que se maneja para negar al testador la facultad de desheredar (excluir) al no legitimario, y que se apoya en las observaciones de Cieu sobre el carácter personal del título de heredero: "Negar al testador el poder de desheredar, no significa limitar la libertad de disponer en presencia de herederos sin derecho a legítima reserva. Frente a éstos el derecho de disponer es ilimitado, y el testador, libre de dejar a quien le plazca sus bienes; pero el poder de desheredar no entra en el concepto de disposición de bienes, es de otra naturaleza, porque influye sobre la capacidad de las personas y sólo indirectamente sobre el destino del patrimonio hereditario. El que deshereda quita a alguien la posibilidad de llegar a ser heredero por disposición de la Ley. La aptitud para *devenir* heredero es un elemento de capacidad del sujeto. La aptitud para ser heredero de una persona determinada a quien nos unen vínculos de parentesco, es un elemento del estado de familia, esto es, de la posición jurídica que el miembro reviste en el agregado familiar. Pero el estado y la capacidad de las personas están completamente sustraídos a la disponibilidad de los particulares, porque son materias de orden público. Se necesitaría una dis-

posición expresa de la Ley para investir a los testadores del poder de desheredar."

"En conclusión—dice Ferri—, me parece que existen razones históricas y dogmáticas para no conceder eficacia a una voluntad meramente negativa de desheredación." "Esta ineeficacia subsistiría aun cuando se hubiese declarado la causa de la desheredación y fuese seria y grave, pero sin entrar en ninguno de los casos de exclusión previstos por el artículo 8.<sup>o</sup> del libro de las sucesiones del nuevo Código" (v. 756 C. c.).

La doctrina española, más aproximada a la francesa *de interpretación* que a la fascista moderna, puede ser condensada del siguiente modo:

1.<sup>o</sup> No se puede cortar *la vena*, es decir, romper testamentariamente los vínculos de parentesco; pero como la sucesión abintestato se halla subordinada a la voluntad del causante, basta con que éste contradiga la presunción de llamamiento a favor de uno o varios parientes, para que el derecho de éstos a recoger los bienes hereditarios quede sin efecto.

2.<sup>o</sup> La exclusión de un hermano, tío o primo, no siempre será debida a motivos inconfesables (venganza, envidia, ira), pues habrá muchos casos en que esté justificada (mejor situación económica, vocación, celibato, expatriación o condena del excluido).

3.<sup>o</sup> Para resolver los problemas relativos a la *rehabilitación* del excluido, por muerte, repudiación, incapacidad o indignidad del instituido, habrá que interpretar el testamento (art. 675 del C. c.) y poner en claro si se trata de una simple preferencia, de una condición o de una sustitución implícita.

4.<sup>o</sup> Puesto que los elementos reales u objetivos no están a merced del testador, el excluido seguirá siendo pariente, capaz para heredar, no incurso en indignidad y propiamente no desheredado. Sólo que el llamamiento a la herencia deberá ser hecho con arreglo a las disposiciones testamentarias. Por eso creemos que no son aplicables, si la Ley no determina lo contrario, los arts. 757, 760, 761, 762, 856, 857 y concordantes del Código civil.

5.<sup>o</sup> La interpretación de las cláusulas de exclusión debe ser, en consecuencia, restrictiva, aunque, dado el carácter absoluto de la negación, la mayoría de las cláusulas comprenderán lo mismo la delación testamentaria que la legítima. Sin embargo, el hermano instituido con otro en un primer testamento que es excluido posteriormente, podría, según los términos empleados, suceder abintestato.

6.<sup>o</sup> Por las mismas razones hay que desechar las presunciones de exclusión (1) apoyadas en frases ambiguas (dejo a mi prima A. únicamente los bienes inmuebles, sitos en Asturias), instituciones deficientes (nombro a mi mujer heredera en usufructo de un quinto de mis bienes) o previsiones incompletas (por ejemplo, si no se tiene en cuenta la sucesión intestada).

7.<sup>o</sup> Hasta qué punto ha de influir la exclusión sobre otras relaciones familiares o sociales que se tienen en cuenta para el nombramiento de tutores, protutores, vocales del consejo de familia o defensores judiciales, depende de la existencia de una causa de incompatibilidad más que del hecho mismo de la exclusión.

8.<sup>o</sup> Aunque la disposición de carácter negativo no entre en la especie de definición legal del art. 667 del Código civil, no nos atrevemos a negar la calificación de testamento al documento solemne en que aparezca únicamente esa manifestación de voluntad.

VICTOR EHRENCBERG: *El reaseguro*.—Editorial *Revista Derecho Privado*. Traducción de J. M. Navas 1941.

La *Revista de Derecho Privado* ha tenido el acierto de publicar, en versión española, esta antigua monografía alemana, que todavía ocupa lugar destacado en la literatura jurídica del reaseguro. Esa rara virtud de pervivencia es la prueba más clara del valor de la obra. Con los escasos elementos de una industria reaseguradora incipiente y una legislación fragmentaria, y sin el apoyo de una jurisprudencia abundante, el agudo talento de Víctor Ehrenberg, figura señera en el campo del Derecho alemán de seguros, supo construir en 1885 una obra que medio siglo más tarde, en esta época de internacionalización de los riesgos y de concentración de las empresas, aún puede ser consultada con evidente fruto.

La primera mitad del libro está consagrada al estudio de los problemas generales del reaseguro: definición, principios fundamentales, clases, naturaleza jurídica y relación entre el seguro principal y el reaseguro (2).

(1) Véanse las observaciones al estudio citado del Sr. Ventura

(2) El reaseguro se define como el contrato por el cual un asegurador se asegura a su vez contra el riesgo de la obligación de indemnizar que ha asumido por el contrato de seguro.

El fin es proteger al reasegurado contra las consecuencias de la obligación de indemnizar que asumió como asegurador. Esto imprime a la institución los caracteres de un seguro de responsabilidad y no los de un nuevo seguro sobre la misma cosa. Sienta así Ehrenberg acaso la tesis central de su concepción del reaseguro, desarrollada ampliamente algunos años más tarde en otra monografía (*Das künftige Rückversicherungsrecht*, Berlin, 1908), en la que configura al contrato como una especie (seguro de responsabilidad) del seguro contra daños y rebate, con mano maestra, los argumentos de quienes niegan al reaseguro ese carácter fundándose en que la prestación del asegurador es sencillamente la obligación de cumplir el contrato y no puede considerarse daño en sentido jurídico. Como principios fundamentales del sistema jurídico del reaseguro, se señalan estos dos: *a)*, el reasegurado funciona, en relación con el riesgo común a soportar, como gestor de negocios de sus reaseguradores, y *b)*, el reasegurado está obligado a conservar, por propia cuenta, una cuota del riesgo.

Traza luego el autor una fina separación entre el reaseguro general y el especial, haciendo una cuidadosa exposición de tipos contractuales, para entrar, acto seguido, a examinar el problema de la naturaleza jurídica de la institución. El estudio de esta materia se justifica por las repercusiones que el adoptar una u otra posición puede traer, especialmente en orden a la prescripción y a los efectos de la insolvencia del asegurado. Combate Ehrenberg con multitud de argumentos la posición entonces dominante, que veía en el reaseguro un contrato de sociedad, señalando como error fundamental de esta concepción el confundir el fin económico y la configuración jurídica del contrato. A través de ese examen llega a la conclusión de que lo mismo el reaseguro especial que el general son verdaderos contratos de seguro distintos del contrato principal que se reasegura. Surge así inmediatamente el problema de la relación entre el seguro principal y el reaseguro, cuestión que es considerada estudiando estos tres aspectos: primero, si nacen derechos y obligaciones entre los asegurados por el seguro principal y el reasegurador; segundo, si los derechos y obligaciones del seguro principal quedan influidos por el contrato de reaseguro, y, finalmente, si éste, por el contrario, depende en su contenido del seguro principal. Los dos primeros problemas se resuelven fácilmente en sentido negativo. El tercero es objeto de detenido estudio, pues si la dependencia entre reaseguro y seguro principal es cosa clara, la medida de esa de-

pendencia plantea dificultades que no pueden resolverse con una fórmula única y general.

El resto del libro está dedicado a estudiar las obligaciones del reasegurado y del reasegurador y la extinción del contrato, planteando con todo detalle una gama de interesantes problemas que no podemos siquiera apuntar en la obligada brevedad de estas notas. Baste indicar que en esa parte brilla a gran altura el sentido práctico que informa toda la obra jurídica de Ehrenberg, maestro del método experimental y del sistema del "caso por caso".

Este es, a grandes rasgos, el esquema de una obra cuya lectura ha de ser tan provechosa para el jurista como para quien viva en cualquier otro aspecto los problemas del seguro.

Para terminar, es de justicia destacar la labor del traductor, J. M. Navas, que, además de ofrecer al lector una versión española limpia y precisa, añade a la obra un valioso prólogo en el que se recogen las modalidades más destacadas que en la práctica moderna adopta el contrato de reaseguro.

MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español*. Tomo I (*Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1942, 582 págs.).

La ciencia procesal española no tiene motivos de queja. En poco tiempo han hecho su aparición en el campo de batalla los *Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense*, de Bellón Gómez (Madrid, Editora Nacional, 1941, tres volúmenes), la *Exposición del Derecho procesal civil de España*, de Prieto Castro (Zaragoza, 1941, tomo I (véase REVISTA CRÍTICA, 1941, págs. 311 a 316) y el libro que tenemos a la vista: *Derecho procesal civil español*, de Manuel de la Plaza, cuyo éxito ha sido tal, que el segundo tomo, que todavía no ha sido publicado, ya ha desplazado en la Universidad de Madrid el libro de Menéndez Pidal, *Elementos de Derecho procesal civil español* (Madrid, Reus, 1937), puesto que el *Programa de Derecho procesal*, curso segundo, del Sr. Apalategui, que acaba de salir a la luz, recomienda la obra "nascitura" del ilustre Magistrado del Tribunal Supremo. No dejemos pasar la ocasión sin hacer profesión de fe de que el estudio del Sr. Menéndez Pidal es acreedor de toda clase de elogios por haber sido la primera obra sistemática que reune espíritu científico con fina observación de la práctica judicial.

El tomo primero abarca la Parte general. El libro primero, el proceso y el Derecho procesal civil, consta de tres capítulos. El primer capítulo trata del proceso civil, de los fines del proceso civil y de la relación jurídicoprocesal. Nos parece acertado que el autor distinga entre el fin ideal del proceso y su fin práctico: el primero consiste en el restablecimiento del Derecho; el segundo, en el logro de la cosa juzgada. El segundo capítulo aborda la naturaleza y concepto del Derecho procesal civil, concibiendo el Derecho procesal como Derecho público, la sistemática y las fuentes del Derecho procesal civil. El tercer capítulo contiene las fases históricas del proceso y describe detalladamente, sobre todo, la historia del Derecho procesal español. El segundo libro analiza la acción y los sujetos de la relación jurídicoprocesal. Sea dicho de paso tan sólo que La Plaza es partidario de la teoría de la relación procesal y que rechaza la tesis de la situación jurídica. El primer capítulo estudia el concepto fundamental de la acción. El capítulo segundo se ocupa de los sujetos de la relación jurídica procesal (la jurisdicción, organización de los Tribunales, las partes). Al abordar las partes, La Plaza expone el problema de la pluralidad de las partes y el de la sucesión en el proceso. El libro tercero se intitula: teoría general del proceso civil, y consta de diez capítulos: los principios básicos del proceso, la constitución de la relación procesal, desenvolvimiento de la relación procesal, las vicisitudes de la relación procesal, los actos procesales, la prueba (dos capítulos), el fin de la relación procesal, los gastos del proceso y la impugnación de las resoluciones judiciales.

El libro del Sr. La Plaza revela en todas partes una dominación soberana del Derecho procesal español e italiano, así como de la historia del Derecho procesal español. Cada capítulo, posee una nota bibliográfica introductora. En el texto descuellan numerosas citas de sentencias del Tribunal Supremo. La exposición de las diferentes teorías demuestra una magistral claridad y transparencia. Precisamente, todas estas cualidades de la obra del insigne magistrado nos hacen desear que el segundo tomo, sin que por ello se borren los confines entre una obra doctrinal y un comentario, contenga mayor abundancia de detalles problemáticos del Derecho positivo. Por lo demás, repetimos que los juristas españoles darán las gracias al Sr. La Plaza y la enhorabuena a la ciencia española del Derecho procesal.

ERICH FECHNER. *Die Treubindungen des Aktionärs* (Los deberes de fidelidad del accionista). (Weimar, Verlag Hermann Böhlaus Nachfolger, 1942, 106 págs.)

Este inteligente estudio, dedicado al prestigioso mercantilista Rauch (v. 'REVISTA CRÍTICA', 1941, págs. 41 a 45), constituye la *Habilitationsschrift* del autor, es decir, un libro que le confiere el derecho a dar cursos de Derecho mercantil en la Universidad de Bonn. La obra consta de dos partes: la primera trata del papel que en el Derecho desempeña la fidelidad; la segunda analiza las obligaciones de fidelidad que incumben al accionista. La *fidelidad* pertenece a la moral, y, por ende, se plantea el célebre problema de las relaciones entre Derecho y moral. Gierke creía que el Derecho y la moral forman dos círculos secantes; Süss opina que se trata de dos círculos concéntricos, representando el Derecho el círculo interior; Fechner, finalmente, mantiene la tesis de que nos hallamos con dos elipses que poseen un foco común. En efecto, la imagen de Gierke no expresa lo esencial de las relaciones y las deja aparecer más bien como algo casual y accesorio. La teoría de Süss está en abierta contradicción con el Derecho positivo, en el que existen, sin duda, numerosos preceptos que no tienen nada que ver con la moral. Sólo el símil de la elipse nos da la impresión exacta de la concatenación de ambas nociones. La fidelidad está domiciliada en el foco común, perteneciente tanto al Derecho como a la moral. De ahí resulta que, por un lado, no hace falta una relación jurídica para que la fidelidad desempeñe un papel, sino que basta una relación vital; por otro lado, que debe haber una relación entre hombres, puesto que sólo a hombres se debe fidelidad, con lo cual eliminamos a las personas jurídicas como posibles acreedores de un derecho a fidelidad. Múltiples son las funciones de la fidelidad. Su función principal consiste en *standum est chartae*, en la fidelidad a la palabra empeñada. Al lado de esta función principal se encuentran numerosas funciones de segunda fila. Mencionemos las siguientes: 1.<sup>a</sup> El principio de fidelidad sirve para la interpretación supletoria y modificadora (no sólo en la hipótesis de una voluntad dudosa, sino aun en la de una voluntad contraria). 2.<sup>a</sup> El aludido principio estructura la clase y la modalidad de la prestación. Tiende, sobre todo, hacia la modificación del contenido de la prestación, aliviando o ampliándolo. 3.<sup>a</sup> El principio de fidelidad engendra y cancela derechos jurídicos subjetivos y limita las facultades jurídicas.

4.<sup>a</sup> También influencia la fidelidad el Derecho objetivo, modificando o derogándolo. Los *deberes de fidelidad de los accionistas* encuentran dificultades por hallarse éstos incorporados a una persona jurídica, la sociedad anónima, frente a la que no pueden existir, según lo que precede, deberes de fidelidad. Pero aun los deberes de fidelidad de los accionistas entre sí chocan con obstáculos. Wieland los funda en el carácter de la sociedad anónima como sociedad de Derecho civil, carácter que Fechner niega. Dorpalen busca como base la presociedad existente antes de la fundación de la sociedad anónima. Klausing, haciendo de la cuestión supuesto, establece sencillamente el papel del accionista como de un fideicomitente. Otras teorías (Siebert, etc.) descansan sobre la sociedad social y sus vinculaciones personalistas; y otras, finalmente, sobre la comunidad del pueblo y las limitaciones intrínsecas del derecho (Bergmann, Danielcik). Fechner rechaza todas estas opiniones. Según su criterio, los deberes de fidelidad estriban en la empresa, con la cual nos encontramos después de superar lo abstracto de la persona jurídica. El deber de fidelidad existe entre accionistas y empresa y protege ésta como unidad real contra transgresiones de los accionistas. En cambio, no existen deberes de fidelidad entre los accionistas.

El libro de Fechner es documentado, conciso y atrayente, y no dejará de producir en España el interés de que es acreedor tanto el libro como su tema.

LA REDACCIÓN.