

### OBSERVACIONES

El anterior trabajo pone de relieve una materia que no había sido tratada en el Derecho español hasta que el Sr. Casso (D. Ignacio), en el número correspondiente a octubre-diciembre de 1940 de la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (pág. 5) le dedicó una tan clara como breve exposición, con referencia al Derecho alemán.

Vamos, por lo tanto, a resumirla, y después veremos el engrane que presenta con el artículo del Sr. Ventura.

Desheredación (1) significa tanto como exclusión de un heredero forzoso por motivos *legales* taxativos, o del presunto heredero *abintestato* por motivos *voluntarios*, que dependen únicamente del arbitrio del testador. Esta última tiene lugar propio en el testamento (o contrato hereditario) (2), y puede ser total o parcial.

Los más frecuentes modos de excluir son dos: 1.<sup>º</sup> llamando a otros herederos, y 2.<sup>º</sup> excluyendo al heredero llamado por la Ley. No hace falta que el testador, en este documento puramente *negativo*, indique la causa. Para excluir al Fisco hay que emplear la primera forma, o sea instituir otro heredero. También pueden ser excluidos de la herencia los legatarios *legales*, tales como el cónyuge en cuanto a su derecho de prelevación (*Voraus*), los familiares con derecho a alimentos (casa y mantenimiento durante treinta días)... Sin embargo, tal exclusión no parece posible en el Derecho español cuando se trate del lecho conyugal, ropas de uso ordinario, lutos, alimentos por razón de dote o alumbramiento...

(1) Los comentaristas alemanes usan este término (*Enterbung*) cuando se refieren a los que nosotros denominamos herederos forzosos. (Véanse los artículos 848 y siguientes de nuestro Código civil), y el de exclusión (*Ausschliessung*) en los supuestos del artículo 1.938 del B. G. B.: El testador puede excluir de la sucesión a un pariente o a su cónyuge, sin instituir heredero en el testamento. Sin embargo, Kipp (*Das Erbrecht*, párrafo 7.<sup>º</sup>) emplea la palabra *Enterbung*, en general, al referirse a cualquier exclusión. (Véase también párrafo 9-I-1 b: "Die Enterbung: der Ausschluss eines Verwandten oder Gatten von der gesetzlichen Erbfolge, párr. 1938.)

(2) Kipp niega que pueda formalizarse la exclusión en un contrato hereditario (*nicht auch durch Erbvertrag*): pero como los autores admiten que el artículo 2.278 del Código civil alemán debe interpretarse en el sentido de que *unilateralmente* pueden adoptar los contratantes disposiciones que no sean propiamente instituciones, legados o cargas, de aquí que apliquen el artículo 1.938 (que no habla más que del testamento) a los contratos hereditarios.

Es interesante el problema relativo al alcance de la exclusión (si se extiende a los descendientes y sucesores del excluido). "Esta duda—dice el actual Director de los Registros—la resuelve la jurisprudencia alemana negativamente, en principio, o sea a menos de que otra cosa se deduzca de una manera *expresa* o *implícita* del testamento en el que se hizo la exclusión."

Y aquí entra el empalme con nuestro asunto. De la institución en usufructo de la viuda ¿se deriva su exclusión como heredera abintestato?

De un modo general asegura Herzfelder (1): Las exclusiones hereditarias no se presumen. Pero no necesitan ser hechas *expresamente*; pueden ser *tácitas*. Aunque de una disposición de última voluntad quiera deducir con certeza la exclusión, se traspasan los límites de la interpretación admitida cuando de circunstancias exteriores o de manifestaciones hechas sin compromiso por el testador se quieren obtener conclusiones que no se apoyan en el contenido del testamento."

En algunos casos de Derecho transitorio se ha discutido si el dejar a un cónyuge menos de lo que le corresponde, equivale a una exclusión parcial. "Una voluntad en tal sentido—dicen los Magistrados comentaristas del artículo 1.931 del B. G. B. (2)—sólo debe ser aceptada cuando especiales circunstancias la robustezcan. De que el testador haya dejado al cónyuge menos de lo que le corresponda, no puede deducirse tal voluntad." El R. G. decidió el 18 de diciembre de 1911 (3) que el Tribunal inferior no se había equivocado al ver en una disposición en que se dejaba la legítima y algunos valores más al viudo, que se le quería excluir de la sucesión.

Volviendo a España, aunque los principios fundamentales son los mismos: libertad con limitaciones (art. 763 del C. c.) y compatibilidad de las herencias testada e intestada (art. 912), es necesario proceder con mucha prudencia. La exclusión es posible, pero ha de ser *expresa* o *indubitada*. Cuando el testador deje a su cónyuge el usufructo de todos los bienes y a un hermano la nuda propiedad de los mismos, si este último premuere y por aplicación del artículo 952 del Código civil es llamado a la herencia intestada el cónyuge sobreviviente, ¿cómo vamos a rechazarlo fundándonos en una exclusión tácita?

En la generalidad de los casos tenemos por seguro que los Tribu-

(1) En los Com. de Staudinger, V, 56 de la 7-8 edic, München und Berlin, 1914.

(2) Das B. G. B. erl. von Busch., 7.<sup>a</sup> edic., 1929. Berlin und Leipzig, pág. 20.

(3) Das Recht, núm. 607, Zu., § 1938, B. G. B.

nales, dada la significación en el hogar de la viuda, no la privarían de sus derechos. Véase, si no, el precedente sentado en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1896.

Dos hermanos solteros que vivían juntos, disfrutando en común su caudal, otorgaron testamento declarando que en la alacena de la habitación de uno de ellos se hallaría una Memoria que contendría mandas, declaraciones, etc., y ordenaban que este documento se estimase parte integrante de su testamento, y en el remanente de todos sus bienes se instituían recíprocamente herederos usufructuarios, disponiendo que, por muerte del último de los dos, llevarían los bienes el destino que declararía la Memoria reservada. Saqueada la casa y no habiéndose, al parecer, redactado de nuevo la referida Memoria, a la muerte de uno de ellos, pidió y obtuvo el otro la declaración de heredero único abintestato y en propiedad de su hermano. Más tarde, muerto el que había sobrevivido, sus parientes entablaron pleito contra su viuda, que había sido instituida por él heredera universal, sosteniendo que los bienes habían pertenecido al sobreviviente solamente en usufructo y que se había ocultado la Memoria.

La viuda fué absuelta en las dos instancias, y se interpuso recurso de casación sobre los siguientes fundamentos: 1.<sup>º</sup> Los hermanos se habían instituído recíprocamente herederos usufructuarios, y el sobreviviente resultaba excluido de la nuda propiedad; 2.<sup>º</sup> El abintestato debió abrirse a la muerte del hermano usufructuario, pues éste no tenía el carácter de heredero absoluto intestado de los bienes, que expresamente se le habían dejado en usufructo; 3.<sup>º</sup> La Memoria no quitaba fuerza al testamento, y en éste los hermanos se excluyeron de la herencia; y 4.<sup>º</sup> El mejor derecho de los parientes a la apertura del abintestato era indiscutible.

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia recurrida, considerando que la Memoria no se había encontrado, y que al fallecer uno de los hermanos bajo la expresada disposición testamentaria, murió *testado* en cuanto al usufructo de los bienes, e *intestado* respecto a la nuda propiedad, sucediéndole su hermano en el primer concepto por voluntad del testador, y en la nuda propiedad por ministerio de la ley, como heredero legítimo en virtud de la declaración de sucesor abintestato hecha por el Juez a su favor como más próximo pariente del causante, vieniendo con esto a refundirse en él el pleno derecho de los bienes hereditarios, con facultad, por tanto, para disponer de ellos libremente,

según lo hizo por testamento en favor de su esposa, por no tener herederos forzosos.

\* \* \*

El problema se plantea sobre principios totalmente diferentes en las regiones que conservan el Derecho romano más o menos adulterado.

La heredera vitalicia o en usufructo, por la universalidad de la institución y por la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada y por el adagio *semel heres, semper heres*, se consideraba heredera universal y perpetua. La limitación por razón del tiempo desaparecía, no era un impedimento: *vitio temporis sublatu, manet institutio* (1). Y así se deduce de la ley XIV, título III, de la Partida 6.<sup>a</sup>, antes de ser modificada por la ley única, título XIX, del Ordenamiento de Alcalá, que suprimió el acrecimiento forzoso por razón de la máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decadere potest*, discutiéndose si el testador podía prohibir al instituído *in re certa* tomar algo más de sus bienes.

Nuestro texto legal, que acaso nunca estuvo vigente en dicha materia, dice: "Este atal deve aver todos los bienes del testador, maguer fuese establecido en una cosa señalada tan solamente." Y aunque Bártolo, reputando viciada la institución por la cláusula prohibitoria, llamaba a los herederos abintestato, Dino aseguraba que el instituído sucedía *in totum*, y Saliceto, cuya opinión es grata a Gregorio López, concedía toda la herencia al instituído, pero con la obligación de restituir los bienes a los herederos abintestato.

En la ley siguiente, que prohíbe la institución de heredero "fasta tal día", Gregorio López vuelve sobre la institución de la mujer mientras viviere (*donec vixerit*), para declarar que la *adición de tiempo* debe ser suprimida.

Lo que ya no está tan claro es la libre disposición de la heredera vitalicia. Menochio enfoca directamente el problema: *testator instituit uxorem in usufructu donec vixerit, et post eius mortem nullum alium instituit haeredem*, y lo decide considerándola heredera *in totum* o universal, sin dar valor a la limitación impuesta por el usufructo (*detracta temporis mentione, pura remaneat institutio*). Sólo que en vez de man-

(1) Véase la magnífica monografía de Martí i Miralles: *Principis del Dret successori aplicats a fòrmules d'usufruct i d'herència vitalícia*. Barcelona, 1925.

tener, como luego hará nuestro Gregorio López, que sigue siendo heredera después de morir, se apoya en la opinión de Bártolo más arriba indicada, para imponer a la viuda el gravamen de restituir (*gravatam esse onere fidèicomissi*). Mantica se opone, y declara la institución pura, perpetua y transmisible. Martí i Miralles termina inclinándose al texto legal (ff. 34, tít. 5.<sup>o</sup>, lib. 23, Dig.). que le parece de mayor valor que las discusiones de los expositores: "La viuda instituida usufructuaria o heredera vitalicia tendrá que reputarse según *dret comú, i per tant segons Dret català, hereva universal i pura i de lliure disposició de l'herencia del seu marit.*"

Dios me libre de querer intervenir en esta discusión; pero, admitidos los fideicomisos tácitos y el sistema de conjeturas, no veo la dificultad de dar valor a los añadidos del testador (*rei mentione*), cuando de ellos se desprende directamente un derecho a favor de tercera persona que pueda ser apoyado en las reglas del fideicomiso (1).

Solamente cuando procediera la aplicación del Código civil tropezaríamos con la exigencia de que los llamamientos sean expresos (artículo 783) y de que la sustitución se haga de una manera expresa, ya dándole el nombre de fideicomisaria, ya imponiendo al sustituído la obligación terminante de entregar los bienes al segundo heredero.

J. G.

(1) Véase Dernburg: *Pandekten*, III, 165, 7.<sup>a</sup> edic. Windscheid: *Pand.*, III, párrafo 553, especialmente nota 8.<sup>a</sup>, c.