

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VIII
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdquez. San Pedro, 32. Madrid.

Apuntes de Derecho Sucesorio

III

Atribución de la legítima por actos inter vivos

(conclusión)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

§ 10. **Distinción de la colación con respecto a la computación, la imputación "ex se" y la reducción por inoficiosidad en los principales ordenamientos del occidente europeo.**

En estos apuntes hemos huído conscientemente del Derecho comparado. Tratamos de conocer la legítima de nuestro Código civil, desde sus raíces. Por eso, si la Historia ha sido nuestro mejor auxiliar, el Derecho comparado podría, en este caso, habernos desorientado. Su enorme interés en materia constituyente puede transformarse en un peligroso elemento de distracción al aplicarlo a la interpretación del Derecho positivo de cada comunidad jurídica. Por otra parte, el valor del Derecho comparado es distinto en materia de contratos y obligaciones, en Derecho mercantil y marítimo, que en Derecho sucesorio, trascendentalmente vinculado al medio geográfico (593) y al sentir peculiar no sólo en cada nación, sino, dentro de ésta, en sus distintas regiones y comarcas.

Pese a este criterio, creemos que en la materia que ahora tratamos conviene hacer, de una parte, un rápido repaso de las fronteras de la computación, la imputación para el cálculo de las legítimas y la reducción de las donaciones inoficiosas, con respecto a la colación, en los principales ordenamientos jurídicos de formación romanista, y, de otra parte, un breve examen de aquellas reglas relativas a la colación que pudieron haber influido en las innovaciones que en esta materia se introdujeron en el Código civil.

Razón de este interés, por un lado, es la posición vacilante que nuestra doctrina inmediatamente anterior al Código mostraba al tratar de la determinación de los linderos de estas instituciones, y, de otro, las innovaciones con respecto al Derecho histórico castellano que por influencia de las legislaciones extranjeras se introdujeron en el Código civil.

(593) Ver sobre este tema la conferencia pronunciada el 21 de abril de 1949 en la Academia Matritense del Notariado por nuestro querido compañero Gregorio de Altube e Izaga, con el sugestivo título de «El paisaje como fuente de Derecho».

Concretándonos esencialmente a esos extremos (594), repasaremos rápidamente los sistemas más afines al nuestro, sin pretender agotar la materia y con el único objeto de facilitar la comprensión del tema que estudiamos, ceñido precisamente a la mejor interpretación del Código civil español.

A) *Computación y colación.*

Roguín (595) ha señalado varias razones que principalmente han dado lugar no pocas veces a ciertas dificultades para desindiar en la práctica los conceptos de computación (*rappori-reduccion*) y colación (*rappori-collatio*).

Son éstas:

1.º Algunas legislaciones mezclan en su ordenación sistemática las reglas relativas a la colación y las referentes a la computación para cálculo de las legítimas y reducción de las donaciones inoficiosas.

Así ocurría en el viejo Código italiano de 1865, que, entre las disposiciones comunes a las sucesiones legítimas y testamentarias, en su sección IV, bajo la rúbrica de la colación y la imputación, trataba tanto de la computación y la imputación como de la colación (596). En el Código austriaco, que amalgamó la regulación de ambas instituciones en forma que su interpretación resultó difícil (597). Y, especialmente en el Código portugués, en su artículo 2.098, que señala como objeto de la colación—en términos parecidos que el artículo 1.035 de nuestro Código civil—el cálculo de la cuota disponible y la igualdad de la partición (598), no obstante lo cual la doctrina distingue perfectamente ambas instituciones (599).

2.º El uso de una misma palabra con doble significación—estricta y lata—utilizándolo a veces en sentido técnico y otras en

(594) Para un estudio más completo del Derecho comparado respecto la computación e imputación a las legítimas y la colación, es recomendable el *Traité de Droit Civil Comparé*, de ERNEST ROGUIN. París, 1912, t. IV, núms. 2.378 y ss., págs. 597 y ss.; y t. V, núms. 3, 183 y ss., págs. 438 y ss. La posición del nuevo *Código civile italiano* puede estudiarse en alguno de los trabajos de los autores italianos que luego citaremos.

Ver también nuestro trabajo: «Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos del Occidente europeo», pendiente de publicación en «Revista del Instituto de Derecho comparado».

(595) Op. cit., vol. IV, núms. 2.380 y ss., págs. 598 *in fine* y ss. y vol. V, núms. 3.190 y ss., págs. 443 y ss.º

(596) Ver ROGUIN: Op. cit., vol. IV, núm. 2.381, pág. 599; VITTORIO POLLACCO: *Delle successioni*, 2.ª ed., Milán, 1937, vol. II, pág. 303; FRANCESCO SÁVIERIO AZZARITI, GIOVANNI MARTÍNEZ y GIUSEPPE AZZARITI: *Successioni per causa di morte e donazioni*, 2.ª ed. Padova, 1948, núm. 331, pág. 592.

(597) Ver ROGUIN: Op. y vol. últ. cits., núm. 2.382, pág. 600.

(598) Ver ROGUIN: Op. y vol. últ. cits., núm. 2.383, pág. 601; LUIZ DA CUNHA GONÇAVEZ: *Tratado de Direito Civil*, vol. X. Coimbra, 1936, núm. 1.599, página 697.

(599) Ver CUNHA: Op. y vol. cits., núm. 1.599, pág. 698.

sentido meramente gramatical, favorece frecuentemente el confu-sionismo.

Así, vimos, al estudiar nuestros clásicos, que alguno de ellos utilizó el verbo latino *conferre* no sólo en su sentido técnico de llevar a colación, sino también, alguna vez, en su significado gramatical, aplicado al hecho de llevar a la masa partible entre los herederos forzosos, aunque ese llevar a la masa no se hiciera en virtud de la colación propiamente dicha, sino a consecuencia de la reducción de donaciones no colacionables. Algo semejante ocurre en Derecho francés con la expresión *rappori*, que técnicamente corresponde a la colación propiamente dicha, pero que en alguna ocasión es empleada en sentido gramatical vulgar, referido a la restitución a la masa de lo donado con dispensa de colación en su excedente sobre la legítima del donatario y la parte disponible (600).

No obstante, PLANIOL separa cuidadosamente la verdadera colación (*rappori successoral*) de esa devolución a la masa de las donaciones en su parte inoficiosa, que denomina *rappori en vue de reduction*, respetando así la terminología del Código francés, pero precisándola (601).

3.º En alguna legislación, como ocurre en la B. G. B. (602), la dispensa de colación repercute en el trato que a dicha donación deberá dársele en materia de computación e imputación, pese a tratarse de operaciones distintas.

Sin embargo, la colación y la computación, para cálculo de las legítimas y de la porción disponible, resultan técnicamente inconfundibles para los autores.

Claramente las distinguen, señalando las siguientes notas diferenciales:

1.º *En cuanto al fin perseguido por una y otra institución:*

a) La computación para cálculo de las legítimas tiene por fin fundamental la protección de éstas (603).

Se discute también si la computación sirve igualmente para fijar la masa de cálculo de la porción disponible.

(600) Ver ROGUIN: Op. cit., vol. V, núm. 3.190, pág. 443; y MARCEL PLANIOL, GEORGES RIPERT y ANDRÉ TRASBOT: *Tracte pratique de Droit Civil Français*, t. V, *Donations et testaments*. París, 1933, núm. 126, pág. 122.

(601) Loc. cit.

(602) § 2.316 que somete a computación e imputación, con arreglo a sus reglas, las liberalidades que serían colacionables en la sucesión diferida *ab intestato*, o testamentariamente, pero conforme a las reglas de la intestada. Ver ROGUIN: Op. cit., vol. IV, núm. 2.502, págs. 685 y ss.; THEODOR KIPP: *Derecho de sucesiones*—traducción española de la 8.ª edición alemana. Barcelona, 1951, vol. II, § 133, II, pág. 320; JULIUS BINDER: *Derecho de sucesiones*, trad. española de la 2.ª ed. alemana, por LACRUZ BERDEJO. Barcelona, 1953, § 33, pág. 303.

(603) ROGUIN: Op. cit., vol. IV, núm. 2.378, págs. 596 y ss.; PLANIOL, RIPERT, TRASBOT: Op. cit. vol. V, núm. 59, pág. 61; POLACCO: Op. cit., vol. I, págs. 489 y ss.; LOUDOVICO BARASSI: *La successioni per causa di morte*. Milano, 1947, núm. 96, págs. 269 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., núm. 132, páginas 209 y ss.; BINDER: Op. cit., § 33, págs. 301 y ss.

En Derecho francés, sin duda por el influjo del *Droit coutumier*, se ha impuesto decisivamente la consideración unitaria de la masa formada por lo relicto y lo donado. Por esa consideración unitaria, esta masa sirve como base del cálculo tanto de la legítima como de la porción disponible (604). Ahora bien, del cálculo de las legítimas puede derivar como corolario la acción de reducción de las liberalidades inoficiosas, ampliándose con ello la masa de extracción de aquéllas, y, en cambio, el cálculo de la porción disponible no puede dar lugar a reducción alguna de lo donado a los legitimarios. Es decir, que aun cuando las donaciones amplían la masa de cálculo, tanto de las legítimas como de la porción libre, sólo pueden engrosar la masa de extracción de aquéllas en caso de inoficiosidad.

En Alemania no sucede de igual modo. La computación de las donaciones, que deban serlo para la fijación de la pretensión legitimaria entre los hijos del causante, sólo surte efecto para calcular esa pretensión respecto al caudal relicto, pero sin eficacia suficiente para provocar la reducción de ninguna de esas donaciones. Y la computación de lo donado a terceros menos de cinco años antes de la muerte del donante, así como la consiguiente computación de lo donado a los legitimarios reclamantes del complemento, no tiene otra finalidad que la determinación del montante de la pretensión de complemento de legítima, sin ampliar siquiera la porción relicta de libre disposición (605). Es decir, la computación para cálculo de las pretensiones legitimarias no complementadas sirve para ampliar la masa de cálculo de éstas, pero no para ensanchar con lo donado su masa de extracción, y la computación verificada para calcular la legítima complementada sirve tanto para ampliar su masa de cálculo como para ampliar con lo donado a terceros la masa de extracción de dicho complemento. Las masas de cálculo y de extracción de la parte disponible no se amplían en caso alguno con las expresadas computaciones.

Los Códigos civiles suizo (606) y portugués (607) siguen el criterio de calcular sobre la misma base la masa de cálculo de la legítima y la porción libre, de modo que ésta será tanto mayor en relación al caudal relicto cuanto más sume lo donado a los legitimarios. Pero si la computación amplía la masa de cálculo de la legítima y de la porción libre, sólo puede ampliar la masa de extracción de aquélla, en caso de inoficiosidad de lo donado.

(604) El *Code de Napoléon*, art. 922, no habla de la determinación de la reserva, sino inversamente del cálculo de la porción libre.

(605) Ver BENDER: Op. cit., vol. 33, I, pág. 303 y II, pág. 305.

(606) La letra de su artículo 478, se refiere precisamente a la determinación de la porción disponible.

(607) No obstante, la doctrina portuguesa estuvo dividida entre los defensores del criterio *non especializador* y del criterio *especializador*. Por fin ha predominado aquél, según el cual la computación sirve indistintamente para calcular la legítima y la parte libre. (Ver PALMA: Op. y vol. cit., art. 1.790, págs 366 y ss.)

En Italia ha sido y sigue siendo muy discutido cuál es la masa de cálculo de la porción disponible.

Es opinión de Barassi (608) que el cómputo de *relictum* más *donatum* es aplicable a todos los efectos contables, y no sólo en beneficio de los legitimarios. Así era, a su juicio, en el Código de 1865, y sigue siendo en el vigente, con más claridad, ya que el artículo 556 señala cómo el objeto de la computación o reunión ficticia la determinación de la porción disponible. Las donaciones, pues, engrosan tanto la masa de cálculo de la porción libre, como la de las legítimas, aunque no puedan ampliar la masa de extracción más que de éstas en caso de inoficiosidad.

Cicu (609) parte de otro presupuesto. Distingue la *cuota de legítima* y la *cuota de reserva*, ésta cuota de herencia y aquella calculada de la suma de *relictum* líquido y *donatum*. El legitimario, según su tesis, tiene derecho a ambas. Si la cuota de legítima excede de la reserva, el legitimario tendrá derecho a completarse en bienes relictos y, de ser estos insuficientes, podrá ejercitar la acción de reducción de las donaciones inoficiosas. En cambio, a su juicio, el heredero voluntario carece no sólo de ésta, sino también de aquella posibilidad. La reserva no se disminuye, según esta tesis, aunque el legitimario tenga total o parcialmente cubierta su legítima con donaciones.

β) La colación tiene como finalidad mantener la igualdad o la proporcionalidad entre determinados herederos forzosos del causante.

Se ha afirmado que el fin de la colación era el de mantener la igualdad entre los hijos o herederos sujetos a ella. Pero, allí donde la colación no sólo se ha aplicado a la sucesión intestada, sino también a la sucesión testada, se ha discutido si esa presuposición de igualdad, apoyada en la presunta voluntad del causante, debía referirse más que a una igualdad absoluta a su proporcionalidad con respecto a las cuotas de la institución respectiva. Así sucedió, como anteriormente hemos comprobado, en el Derecho Justiniano.

En Derecho francés la cuestión no se plantea. En Francia sólo son herederos quienes suceden por ministerio de la ley. El testador sólo puede designar legatarios, aunque sean universales o a título universal, y sólo entre herederos tiene lugar la colación. Por lo tanto, entre los hijos la colación llevará siempre a la igualdad (610).

En Alemania se llega a igual solución, pero por distinto camino. La colación tiene lugar entre los descendientes cuando suceden

(608) Op. cit., núm. 96, págs. 271 y ss.

(609) *La divisione ereditaria*, cit., págs. 124 y ss. y *Succezione legítima e dei legittimari*, 2.ª ed. Milano, 1913, t. II, cap. I, núm. 7, pág. 161.

(610) PLANTOL y RIPERT: Op. cit., vol. IV, núm. 569, pág. 675; COLIN y CAPITANT: *Cours elemental de Derecho civil*, trad. española con notas de DE BOER, t. VII pág. 260; JULIEN BONNECASSE: *Elementos de Derecho civil*, t. III, traducción por el licenciado JOSÉ M.ª CAJICA JR. PUEBLA, México, 1946, núm. 672, pág. 491; SAVATIER: *Cours de Droit Civil*, t. III, 3.ª ed., París, 1931, núm. 537, página 276.

como herederos legales (§ 2.050), o bien cuando el causante les haya instituído herederos determinando sus porciones hereditarias de tal manera que guarden entre ellas la misma proporción que sus respectivas porciones hereditarias legales (§ 2.052). Cuando los hijos han sido instituídos en porciones desiguales no juega, por tanto, la colación (611).

En Derecho suizo la solución es la misma. La colación afecta a los herederos legales (art. 626). Pero cuando los herederos legales son instituídos como herederos testamentarios por el causante en la misma porción que legalmente les correspondería *ab intestato* se entiende que el causante sólo ha señalado una regla particional, a menos que pudiera ser inducida una presunción contraria (612).

El Derecho portugués (art. 1.098) refiere la colación a los herederos legitimarios descendientes. Cunha Góalvez (613) opina que sólo es aplicable a la sucesión intestada. Pero, que los términos «*igualação da partilha*» no significa igualdad de cuotas, sino que la partición debe hacerse de tal modo que cada heredero reciba la cuota a que le correspondería si no hubieran sido otorgadas las donaciones (614).

En Italia la cuestión se ha planteado en otros términos. No han faltado autores (Losana, Pescatore, Venzi) que han sostenido que en caso de ser instituídos los hijos por partes desiguales, o llamados solamente en la legítima o conjuntamente con extraños, no debe aplicarse la colación (615). De Ruggiero (616), insiste en la tesis de Paciffici-Mazzoni (617), y cree que también es aplicable la colación en estos casos, e igualmente para distribuir lo donado por partes iguales, por que «nada impide que se presuma querida por el testador la igualdad en todo aquello que no sea objeto de la disposición testamentaria». Pero la opinión preponderante, en el régimen del Código anterior, y en el del nuevo Código, es la que entiende que la colación tiene lugar entre los descendientes también en la sucesión testamentaria, pero que en este caso tiene por objeto guardar la proporción de las cuotas hereditarias en la

(611) KIPP: Op. y vol. cit., § 88, II, pág. 50.

(612) ROSSEL y MENTHA: *Manual du Droit civil Suisse*, 2.^a ed., Laussanna, 1931, vol. II, núm. 1.159, pág. 260.

(613) Op. cit., vol. X, núm. 1.598, págs. 696 y ss.

(614) Núm. 1.600, pág. 701. Dice esto al comentar la colación de los hijos naturales en concurrencia con hijos legítimos.

(615) Ver la nota de ALFREDO ASCOLI y EVELINA POLACCO en la op. cit. de POLACCO, vol. II, pág. 312.

(616) *Instituciones de Derecho civil*, trad. española de la 4.^a ed. italiana. Madrid, 1931, vol. II, § 133, pág. 1.058.

(617) *Trattato delle Successioni* (4.^a ed., Fiscece, 1910), parte II, tít. II, capítulo III, sec., II, núm. 28, vol. VI, págs. 60 y ss. No obstante, a pesar de concluir que con referencia a la sucesión testada persiste con respecto a lo donado el propósito de igualdad de trato, no parece tan claro que sea ésta su opinión, cuando líneas antes afirma que «la desigualdad querida no es más que la establecida en el testamento, y no cualquier otra resultante de las donaciones».

distribución conjunta de lo relicto y lo donado colacionado (618).

2.º En cuanto al carácter de la norma que regula estas instituciones.

En las legislaciones latinas la computación tiene carácter imperativo. El causante no puede dispensar la computación de las donaciones para cálculo de la legítima, porque esta institución es de derecho necesario (619).

La colación, por el contrario, se basa en una presuposición legal de la voluntad del causante. Por eso, puede ser dispensada por éste (620). Es más, la jurisprudencia francesa y la doctrina italiana han entendido que la palabra *expresamente* (*expressement, espressamente*), equivale al *expressim* usado por Justiniano en la

(618) POLACCO: Op. cit. vol. II, págs. 310 y ss.; BARASSI, Op. cit. núm. 68, *in fine* y 69, págs. 184 y ss.; ANDREOLI: *Contributo alla teoria della collazione della donazioni* (Milano, 1940), núm. 3, pág. 6; CICU: *La divisione ereditaria* (Milano, 1948), pág. 112 *in fine* y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., núm. 330, página 591 *in fine* y ss. ANDREOLI (Op. cit., § 5, núms. 46 y ss., págs. 80 y ss.) precisa que no puede decirse con exactitud que la colación *in natura* restablece la igualdad o la proporcionalidad turbada por la donación, ni que con ella se restituye respecto a la suma de *relictum* y *donatum* una cuota igual a la que en la comunidad de lo relicto se habría obtenido de no haberse verificado la donación. A su juicio la formulación exacta es ésta: que con la colación se restablece la proporción entre el *quantum* que a título gratuito habría conseguido del ascendiente el descendiente donatario y el *quantum* que hubieran obtenido los otros descendientes si la donación no hubiese tenido lugar.

(619) Ver RUGGIERO: Op. y vol. cit., § 133, pág. 1.059; POLACCO: Op. y volumen cit., pág. 304; PLANIOL, RIPPERT, TRASBOT: Op. cit., vol. V, núm. 53 y ss., págs. 56 y ss.; COLIN y CAPITANT: Op. y vol. cit., pág. 526 y ss.; SAVATIER: Op. y vol. cit., núms. 596 y ss., págs. 306 y ss.; CUNHA GOÇALVEZ: Op. cit., vol. VII, núm. 1.140, págs. 210 y vol. IX, núm. 1.425, págs. 770 y ss.; MANUEL JOAO DA PALMA CARLOS: *Das successoes*, vol. I, Lisboa, 1942, art. 1.790, pág. 366 y ss. Igual ocurre en Suiza, según entienden ROSSEL y MENTHA: Op. y vol. cit., núm. 911, pág. 54.

Cosa distinta sucede en Derecho alemán. Las donaciones dispuestas a favor de los legitimarios sólo se computan concurriendo éstos entre sí cuando tendrían carácter colacionable de tratarse de la sucesión intestada. Es decir, esas donaciones, que determina el § 1.316 en relación con el § 2.050 del B. G. B., se colacionan en la sucesión *ab intestato* o en la testada que sea diferida en la misma forma y proporción que aquella, y se computan en los demás supuestos de sucesión testamentaria. Las donaciones a favor de extraños, se computan necesariamente para el cálculo de la legítima complementada que reclame algún legitimario si cronológicamente corresponden a los diez años anteriores al fallecimiento del causante (sin que quepa dispensa del causante) y en caso de exigirse su cómputo también deben computarse las donaciones recibidas por el reclamante. (Ver KIPP: Op. y vol. cit., § 133, págs. 319 y ss. y 136, págs. 338 y ss.).

(620) Código francés, artículo 843; Código italiano, artículo 737; Código suizo, artículo 629; B. G. B., § 2.050. Ver PLANIOL: Op. cit., vol. IV, núm. 590, págs. 692 y ss.; COLIN y CAPITANT: Op. y vol. cit., págs. 255 y ss. y 268; BONNECASSE: Op. y vol. cit., núm. 677, págs. 493 y ss.; SAVATIER: Op. y vol. cit., número 541, pág. 277 y ss.; CICU: Op. cit., págs. 115 y ss.; BARASSI: Op. cit., número 70, págs. 186 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., § 47, núms. 338 y ss.; ROSSEL y MENTHA: Op. y vol. cit., núm. 1.159, págs. 259 y ss.; KIPP: Op. y volumen cit., § 88, III, págs. 50 y ss.; BINDER: Op. cit., § 29, III, pág. 256. En este mismo sentido en Portugal, CUNHA: Op. cit., núms. 1.604 y ss., páginas 722 y ss.

Novela 18, cap. IV, que se refiere a una voluntad *clara y cierta*, pero sin ser necesario que haya sido formalmente manifestada.

3.º *Respecto los sujetos de una y otra operación.*

α) La computación tiene lugar aunque sólo haya un heredero forzoso único. Donde se deba defender una legítima la computación se requiere (621).

β) La colación, en cambio, presupone necesariamente la coexistencia de varios coherederos forzosos (622).

En Francia son sujetos de la colación los herederos respecto a sus coherederos. Recordemos que en Francia no existen otros herederos que aquéllos a quienes la ley asigna tal carácter. Se atiende a este efecto al momento de la sucesión, no importando que en el momento de otorgarse la liberalidad el donatario no hubiera sido heredero forzoso. Es necesario, además, que el heredero legal acepte la herencia.

En Italia sólo deben colacionar los hijos y descendientes que efectivamente sean herederos del donante y solamente colacionan con respecto a sus hermanos que tengan, asimismo, la condición de herederos. Los hijos legítimos deben colacionar con respecto a los hijos naturales y éstos con respecto a aquéllos, cuando unos y otros sean herederos del padre donante; pero no colacionan los hijos naturales entre sí. La colación por los nietos a la herencia del abuelo de los bienes que éste hubiese donado al padre es regulada como en el Derecho francés, es decir, atendiendo a si suceden en representación del padre, en cuyo caso colacionan aunque hubieran repudiado la herencia de éste o si suceden al abuelo por derecho propio, supuesto en el que no colacionan aún no habiendo renunciado a la herencia paterna.

En Portugal son sujetos recíprocos de la colación los herederos legitimarios que sean descendientes del causante, incluso los hijos naturales, en proporción a su cuota legal. Respecto los nietos, a diferencia que en Derecho francés, estos no colacionan en la herencia del abuelo lo que éste les donó viviendo el padre.

En Suiza colacionan entre sí los herederos *ab intestato* que aceptan la sucesión, y, en el mismo caso, los instituidos testamentariamente en la misma proporción en que eran llamados por la ley.

En el B. G. B., rige la misma regla. Cuando el favorecido con una atribución sujeta a colación no llega a suceder, la obligación de colacionar recae en el descendiente que en su lugar pasa a ser heredero. Contrariamente que en Francia, no debe colacionarse lo que el causante donó a un descendiente en una fecha tal en la que no era probable que lo considerase como heredero legitimario suyo.

(621) ROGUIN: Op. cit., vol. V, num. 3.186, pág. 442.

(622) Ver locs. cits., nota 620.

4.º Respecto a la masa, ideal o materialmente, formada con la computación y con la colación.

En las legislaciones latinas la computación abarca la totalidad líquida del caudal relicto y todas las liberalidades objetivamente computables.

La masa formada con la colación puede no comprender todo el caudal relicto, del que normalmente se excluyen los bienes legados, ni todas las donaciones objetivamente colacionables, ya que súbtivamente el causante puede excluirlas de colación.

α) Tratándose de la computación, debemos distinguir tres razones de exclusión: las subjetivas-causales, las cronológicas y las objetivas. Las primeras se apoyan en la voluntad del causante, expresa o presumida por la ley atendiendo a la causa o fin de la liberalidad. Las segundas atienden a la fecha de la donación, imponiendo solamente la computación de aquellas liberalidades realizadas por el causante en un período más o menos próximo a su fallecimiento. Las terceras excluyen ciertas liberalidades objetivamente prefijadas por la ley.

Los ordenamientos jurídicos de los países latinos sólo admiten esta exclusión basada en la determinación objetiva, por la ley, de las liberalidades excepcionalmente no computables. Casi podríamos decir que equivale a una determinación legal de las liberalidades que a estos efectos no se consideran como donaciones valorables.

Alemania, en cambio, sigue el criterio subjetivo-causal para determinar las liberalidades que son computables a fin de calcular la legítima no complementada. Son computables a este efecto, según el § 1.316, aquellas que conforme al § 2.050 serían colacionables en la sucesión *ab intestato*. A saber: las dotaciones (es decir, lo que el causante atribuyó a un descendiente en consideración al matrimonio o para conseguirle una posición independiente), ciertos suplementos dados a los mismos fines y las donaciones cuya colación o imputación ordenó el causante (623).

El criterio cronológico con referencia a lo donado a extraños se sigue en Austria (624), Suiza (625) y, para el cálculo de la legítima complementada, en Alemania (626).

En Francia, en Italia y en Portugal para excluir excepcional-

(623) Ver KIPP: Op. y vol. cits., § 133, págs. 319 y ss.; y BINDER: Op. citado, § 33 I, pág. 303.

(624) § 785 del Código civil austriaco, según la redacción de la tercer novela parcial, § 68, en rel. § 951, según la redacción de la misma novela, § 75. No se computan las donaciones hechas por el causante cuando carecía de hijos ni las verificadas a personas no legitimarias más de dos años antes de la muerte del causante. (Ver KIPP: Op. y vol. cits., § 136, I, págs. 338 y ss.)

(625) Art. 527, núm. 4. Ver ROSSEL y MENTHA: op. y vol. cits., núm. 1.008, página 11.

(626) § 2.325. Ver KIPP, op. y vol. cits., § 136, págs. 338 y ss. y BINDER op. cit., § 33-II, págs. 304 y ss.

mente la computación en algunos supuestos se atiende exclusivamente a razones objetivas. Deben computarse todas las donaciones, así las dispuestas a favor de un heredero, con o sin dispensa de colación, acepte o no la herencia, como las otorgadas a extraños, bien sean directas, indirectas o disimuladas (627). Concretamente, en Francia, no se computan los gastos de alimentación, educación, aprendizaje, vestido de los hijos, regalos de boda o aniversarios —que el artículo 852 considera como gastos usuales y no como donaciones—. Se ha discutido por la doctrina si debían ser computadas las donaciones hechas por el causante con sus rentas. La *Court de Cassation*, adoptando una posición flexible, ha entendido que se trata de una cuestión de hecho consistente en determinar si por su importancia debió conservar el causante lo donado. Así, según las circunstancias, las limosnas, los actos de caridad y regalos usuales deben ser o no computados (628).

Incluso, también los sistemas que siguen un criterio cronológico para determinar el carácter computable de las donaciones recogen como nuevas limitaciones las de carácter objetivo. El artículo 527 del Código Suizo excluye de cómputo, aunque fueran hechos dentro de los cinco últimos años, los regalos usuales y los gastos de educación no colacionables. El § 2.325 del B. G. B. exceptúa de cómputo en cualquier caso las donaciones moralmente debidas o realizadas por una consideración de decoro. Y, según los textos antes citados del Código austríaco, no se computan nunca las donaciones hechas con las rentas sin aminorar la base del patrimonio, ni aquellas mediante las cuales se cumplió una obligación moral o se atendió a una consideración de decoro (629).

β) Con referencia a la colación:

Fuera de la masa, por lo que se refiere a uno de sus dos sumandos —lo relicto—, quedan los bienes legados. Fué excepción en este extremo el Código de Napoleón, que ordenó la colación de todos los legados, igual que de todas las donaciones, salvo expresa dispensa. Pero la ley de 24 de marzo de 1898 modificó esa regla respecto los legados, disponiendo su no colación, salvo que el donante la ordenara en cláusula expresa (630). Claro que esta

(627) Código francés, art. 922. Ver PLANTOL: op. cit., vol. V, núms. 53 y ss., página 56 y ss.; COLIN y CAPITANT: op. y vol. cits., págs. 526 y ss.; SAVATIER: op. y vol. cits., núms. 626 y ss., págs. 306 y ss. Código portugués. Ver CUNHA: op. cit., vol. VII, núm. 1.144, págs. 210 y ss. y vol. IX, núm. 1.425, págs. 770 y ss. y PALMA: vol. cits., art. 1.790, págs. 366 y ss. Código italiano de 1865, artículo 822 y nuevo Código, art. 556. Ver POLACCO: op. cit., vol. I, pág. 489 y ss.; CICU: *Della legittima e...* p. II, cap. VII, núms. 2 y 3, págs. 270 y ss.; BARASSI: op. cit., núm. 96, págs. 272 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ: op. cit., 17, núm. 132, págs. 209 y ss.

(628) Ver PLANTOL: Op. cit., vol. V, núms. 60 y ss., págs. 62 y ss.

(629) Ver KIPP: Op. y vol. cits., § 136, I, pág. 338.

(630) PLANTOL: Op. cit., vol. IV, núm. 590 y ss., págs. 692 y ss.; COLIN y CAPITANT: op. y vol. cits., págs. 255 y ss.; SAVATIER: op. y vol. cits., núm. 541, páginas 277 y ss.

orden expresa de colación más bien debe considerarse como una orden de asignación de la cosa atribuida a cuenta de la cuota del asignatario, que en cierto modo recuerda la adquisición *vice praeceptionis* del Derecho romano clásico cuando se atribuía con carácter imputable a la cuota del adjudicatario (631).

Donaciones a colacionar son, en principio, las hechas a favor de ciertos herederos, que efectivamente sucedan como tales conjuntamente con otros de su misma categoría. Pero su colación puede excluirse por la voluntad del causante, como también hemos visto. Además no faltan otras limitaciones que excusan la colación, derivadas unas subjetivamente de la presunta voluntad del *de cuius* y otras objetivamente de la naturaleza de la donación cuestionada.

En Francia, la jurisprudencia, por la primera razón, y bajo la interpretación del adverbio *expressement* paralelamente al *expressim* de la Novela 18, cap. I, de Justiniano, tiende a considerar no colacionables las donaciones disimuladas y encubiertas. Objetivamente, el Código francés, dispensa de colación los gastos de alimentación, sostenimiento, educación, aprendizaje, gastos ordinarios de vestido de boda y regalos usuales. Los Tribunales para determinar, en los casos dudosos, si debía tener lugar o no la colación de dichos gastos y regalos, han señalado como módulo decisivo su procedencia del capital o de las rentas. Tampoco deben colacionarse los frutos y rentas de las cosas sujetas a colación (632).

También por consideraciones objetivas el artículo 742 del Código italiano dispensa de colacionar los gastos de mantenimiento, educación o enfermedad, los ordinarios de boda, las liberalidades en remuneración de servicios o conforme al uso, los gastos de equipo nupcial o por instrucción artística o profesional que no resulten notoriamente desproporcionados a la fortuna del causante (633).

En Portugal se dispensa la colación de los alimentos satisfechos, donaciones remuneratorias en cuanto no excedan del servicio remunerado, indemnizaciones, gastos de aprendizaje, bautismo o casamiento, presentes usuales y donaciones de usufructo o frutos (634).

La distinción del Derecho común entre donaciones simples y causales no ha dejado, por lo visto, rastro alguno en las legislaciones francesas, italiana y portuguesa. En cambio, su espíritu se mantiene en los Códigos alemán y suizo.

El B. G. B., en su § 2.050, dispone la colación, salvo dispensa del causante, de: 1.º Las dotaciones, es decir, lo que el causante

(631) Acerca de la *praeceptio*, ver BIONDO BIONDI: *Successioni testamentaria Donazioni*, t. X del *Tratatto de Diritto Romano*, dirigido por ALBERTARIO. Milano, 1943, núm. 94, págs. 236 y ss.

(632) Ver ops. y locs. cits., nota 630.

(633) Ver CICU: *La divisione...*, pág. 115 y ss.; BARASSI: op. cit., núm. 70, páginas 186 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ: op. cit., § 47, núms. 336 y ss.

(634) Ver CUNHA: Op. cit., vol. X, núms. 1.604 y ss., págs. 722 y ss.

atribuyó al descendiente en consideración a su matrimonio o para conseguir una posición independiente en la vida o destinada a la fundación o conservación de una empresa o a la obtención de un puesto vitalicio. 2.º Los suplementos dados para el ingreso o aprendizaje de una profesión cuando excedan de las condiciones económicas del causante o deban ser consideradas como dotaciones. 3.º Las demás donaciones cuya colación ordenó el causante al otorgarlas (635).

En Suiza sólo son colacionables las donaciones intervivos hechas *a titre d'avancement d'hoirie* (636).

5.º *En cuanto al modo de realizar la computación y la colación:*

La computación, como indica su otra denominación de *reunión ficticia*, que recibe en Francia e Italia, sólo significa una agregación ideal, puramente contable, de lo donado al caudal relicto, sin perjuicio de que una vez realizada y complementada con la imputación pueda dar lugar a una tercera operación, la reducción por inoficiosidad, de carácter restitutorio. En cambio, la colación —como luego examinaremos— puede realizarse: bien, por toma de menos o imputación, es decir, contablemente, o bien, real o materialmente, en cuerpos. Sólo Alemania representa una excepción en este punto (637). Según el § 2.055 del B. G. B. la colación se verifica siempre por imputación de valor, y el donatario, aun cuando la donación por él colacionada exceda del valor de su cuota hereditaria, no tiene que devolver el exceso, sino que simplemente no toma parte en la división del haber relicto, que se distribuyen los demás coherederos (§ 2.056).

6.º *Respecto a la valoración de los bienes objeto de esas operaciones, observamos: que en unas legislaciones hay coincidencia de criterio para ambas, mientras en otras existen algunas divergencias.*

Comoquiera que la computación para cálculo de las legítimas es una institución de derecho o imperativo y no lo es la colación, no cabe en aquélla y sí en ésta que el causante fije una valoración diferente de la resultante de aplicar las reglas señaladas por la ley.

En Francia la ley de 7 de febrero de 1938 ha modificado el régimen de valoración tanto para la computación como para la imputación. En el *Code de Napoléon*, a efectos de la computación de las legítimas, se calculaban todas las donaciones según su estado el día de la donación y su valor el día de la apertura de la sucesión; en cambio, tratándose de la colación por toma de menos, se tenía

(635) Ver KIPP: Op. y vol. cit., § 88 III, págs. 50 y ss.; BENDER: op. cit., § 29, III, pág. 256.

(636) ROSSELL y MENTHA: Op. y vol. cit., núm. 1.159, págs. 259 y ss.

(637) Ver KIPP: Op. y vol. cit., § 88. VII, págs. 54 y ss.; BENDER: op. cit., § 29, III, pág. 257.

en cuenta el valor en el día de la sucesión con respecto a los inmuebles y el valor en el día de la donación para los muebles (638). Después de la reforma de 1938 los bienes donados únicamente se evalúan, tanto para una como para otra operación, con referencia a la fecha de la donación (639).

En Italia, el viejo *Codice*, a efectos de la computación para cálculo de las legítimas, valoraba los bienes donados (art. 822) según su valor al tiempo de la donación, si eran muebles, y según su estado el día de la donación y su valor al abrirse la sucesión, si eran inmuebles. Tratándose de la colación verificada por imputación, también se valoraba los inmuebles al día de la apertura de la sucesión —sin perjuicio de la deducción de las correspondientes impensas o del aumento de valor correspondiente a los deterioros culpables— y los bienes muebles según su valor el día de la donación (640).

Hoy el nuevo *Codice* ha unificado para una y otra operación las reglas relativas al tiempo a que debe referirse la valoración, que siempre es el día de la apertura de la sucesión (arts. 747 a 750 y 556), sin perjuicio de la deducción de impensas y la adición de los deterioros culposos, en sus respectivos casos (641).

En Portugal, tanto a efectos del cálculo de las legítimas, como para la colación, los bienes donados se evalúan con referencia al día de la apertura de la sucesión (arts. 1.790, § 2.º y 2.107) (642).

En Suiza se atiende también a la fecha de la apertura de la sucesión, tanto en la colación como a la computación y reducción por inoficiosidad, así en los muebles como en los inmuebles. Pero

(638) Ver COLIN y CAPITANT: Op. y vol. cit., págs. 532 y ss., 285 y 288 y ss.

(639) SAVATIER: Op. y vol. cit., núm. 557, pág. 284 y núm. 602, págs. 309 y ss. Nota este autor (núm. 623, pág. 319), que con la reforma queda un punto incongruente entre la computación y la restitución *in natura*, por reducción de lo inoficioso; en efecto, un bien computado por su valor al día de la donación es restituido a la masa con otro valor, el que tiene al realizarse la reducción material. Efectivamente, los bienes donados que deben restituirse *in natura*, resultan aportados por su valor en el día de la restitución, sin perjuicio de la percepción de impensas o el pago de indemnizaciones por deterioros culpables.

Tratándose de la reducción por restitución de valor, en caso de venta del bien que debía restituirse materialmente, se discute qué valor debe prevalecer entre los correspondientes a la fecha de la donación, al día de la venta, a la apertura de la sucesión o al día de la de demandarse la reducción. (Ver SAVATIER: número 626, pág. 320.)

(640) POLACCO: Op. cit., vol. I, págs. 496 y ss. y vol. II, págs. 354 y 358; RUGGIERO: op. y vol. cit., pág. 1.129 y 1.068.

(641) CICU: *Successione legítima e...*, p. II, c. VII, 2, pág. 271, y *La divisione*, pág. 131; BARASSI: op. cit., núm. 96, pág. 271 y núm. 70, pág. 186; AZZARITI y MARTÍNEZ: op. cit., núm. 132, pág. 213 y núms. 344 y 345, págs. 623 y ss. Traducido al castellano, publicó la «Rev. Dr. Priv.», XXXII (septiembre 1948), págs. 761 y ss., un interesante trabajo de FRANCESCO MESSINEO: *Colación y reunión ficticia de acciones de sociedad*, en el que hace una aplicación práctica a esta materia concreta de los preceptos del nuevo *Codice civile*.

(642) CUNHA GOÇALVES: Op. cit., vol. IX, núm. 1.425, pág. 274 y vol. X, número 1.609, pág. 745.

las cosas anteriormente enajenadas se valoran por el precio de su venta (643).

El B. G. B. para calcular el valor de las donaciones a efectos de fijar el complemento de la legítima, distingue, según su objeto, sean cosas consumibles o no consumibles. En el primer caso atiende al valor que tenían en el día de la donación. En el segundo supuesto, al que tengan el día de abrirse la sucesión, pero de probarse que el día de la donación era inferior su valor se tiene en cuenta ese menor valor (§ 2.325). A efectos de la colación atiende siempre al valor que el bien donado tenía de la donación (§ 2.055) (644).

B) *Imputación a la legítima y a la cuota disponible, y colación por imputación.*

Como notan los autores (645), la palabra imputación significa, en términos generales, el hecho de tomar en cuenta un cierto valor de determinado bien en el haber de una participación también determinada. De ese modo la colación verificada por toma de menos es una subespecie de la imputación en sentido general.

Pero a la imputación jurídicamente se le aplican otras dos significaciones más restringidas, que podemos calificar de más estricta y menos estricta, refiriéndolas a la cuenta de la legítima y correlativamente a la cuenta de la porción disponible.

En el sentido más rigurosamente estricto, la imputación surge, como vimos, en Derecho romano antiguo, como un límite de la *querela*, como una excepción que podía oponerse al querellante enervando su acción al hacerle imputar a su legítima ciertas donaciones. En el Derecho romano nuevo pasa a ser una limitación al ejercicio de la *actio ad supplementum* o de la *actio inofficiosae donationis vel dotis*. Bajo esa concreta significación no puede hablarse de imputar a la parte libre, sino de imputar o no imputar a la legítima. Además, el legitimario sólo debía imputar cuando, reclamando la legítima, el demandado le opusiera la imputación de lo que el mismo actor hubiera recibido del causante.

En sentido más amplio, pero también estricto, se denomina imputación la operación contable que se realiza para encasillar todas las donaciones en la cuenta correspondiente del haber partible, que se efectúa independientemente de que exista o no reclamación por parte de los legitimarios. Su fin es la exacta determinación de la legítima y de la porción disponible con respecto a la masa idealmente formada por la computación con la suma de *relictum* y *donatum*.

El concepto restringido de la imputación a la legítima es con-

(643) ROSSEL y MENTHA: Op. y vol. cit., núm. 1.166, pág. 269.

(644) KIPP: Op. y vol. cit., § 136, III, pág. 340 y § 88, VII, 1, pág. 55.

(645) V. gr. RÓQUIN: Op. cit., vol. IV, núm. 2.387, pág. 603 y vol. V, número 3.195, pág. 447; RIGGIERO: op. y vol. cit., pág. 1.060; CICU: *La división...*, pág. 124; AZZARITI y MARTÍNEZ: op. cit., núm. 331, pág. 584.

servado en Alemania (646) tratándose de la reclamación del complemento de legítima (§ 2.327), es decir, cuando algún legitimario reclama la reducción de lo que fué donado a extraños en el período cronológico vulnerable por dicha acción. En cambio, en las relaciones de los legitimarios, entre sí, la imputación juega independientemente del ejercicio de la acción de reducción (647).

El concepto amplio de la imputación, referido tanto a la legítima como a la porción disponible, aparece con toda claridad en el derecho francés, en el que destaca su finalidad de completar la reconstrucción contable de la masa formada con la computación (648).

También, la doctrina portuguesa, recogiendo disposiciones dispersas en su Código, ha formulado una teoría general de la imputación a la legítima y a la porción disponible (649).

En cambio, en Italia se ha discutido vivamente si en su Código se recoge la imputación en uno u otro sentido. Cicu (650) es el principal defensor de la tesis que entiende que el vigente Derecho italiano solamente aplica el concepto más restringido de la imputación. Su tesis la refuerza con la distinción, por él defendida, entre cuota de reserva y cuota de legítima, estimando que la imputación sólo es aplicable para la integración de la *cuota de legítima* del reclamante, pero que nunca lo es para determinar la *cuota de reserva* por ser exclusivamente relicta (651). Por el contrario, Coviello (652), Azzariti y Martínez (653) se encuadran entre los que admiten que el Derecho italiano asigna a la imputación otro significado más amplio. Se apoyan para ello en el artículo 556, que determina el cálculo de la porción disponible, que no lo sería totalmente si los

(646) KIPP: Op. y vol. cit., § 130, VIII, págs. 343 y ss.; BINDER: op. cit., § 33, III, pág. 305 y ROGUIN: op. cit., vol. IV, núm. 2.490, págs. 474 y ss.

(647) La imputación entre los legitimarios presenta dos fases en Derecho alemán. La primera tiene lugar subsumida en el cálculo de la pretensión de legítima entre los hermanos (§ 2.316) y alcanza únicamente a la mitad de la donación computada (a fórmula para calcular la legítima complementada es: $\frac{\text{relictum} + \text{donación}}{\text{número de legitimarios}}$ — donación: 2). La segunda que completa la imputación

de la otra mitad, sólo tiene lugar cuando el causante ordena la imputación de la donación (§ 2.050, al 3.º).

Ver KIPP: Op. y vol. cit., § 133, II, I y III, págs. 320 y ss.; BINDER: op. cit., § 33, II, pág. 303. y ROGUIN: op. cit., vol. IV, núms. 2.507 y ss., páginas 694 y ss.

(648) Así se deduce claramente del planteamiento concreto de las imputaciones a realizar. Ver PLANIOL: op. cit., vol. V, núm. 87 y ss., págs. 86 y ss.; COLIN y CAPITANT: págs. 539 y ss.; SAVATIER: op. y vol. cit., núm. 601, páginas 313 y ss.

(649) Ver CUNHA GOÇALVES: op. cit., vol. IX, núm. 1.426, págs. 775 y ss.; DE PALMA: op. y vol. cit., págs. 395 y ss.

(650) *La divisione...*, cit., págs. 124 y ss.

(651) *Successione legítima...*, p. II, c. VII, 3, págs. 275 y ss.

(652) Op. cit., § 6, págs. 365 y ss.

(653) Op. cit., núm. 134, pág. 217.

herederos extraños, para calcular la porción relicta que les corresponde, no pudieran pretender la imputación a la legítima de los herederos forzosos, aunque estos no ejerciten la acción de reducción, de las donaciones que los mismos hubieran recibido del causante sin dispensa de imputación a la legítima.

En todo caso, son evidentes las diferencias de la imputación propiamente dicha, en cualquiera de sus acepciones, más estricta o más amplia, con respecto a la colación verificada por imputación o toma de menos:

a) *En cuanto al fin* (654).

Hemos visto antes el fin asignado a la colación. El de la imputación, acabamos de comprobar, tratándose de la imputación en sentido restringido, que consiste en limitar la acción de reducción por inoficiosidad, acotando en su cuantía la acción de suplemento o de reducción por inoficiosidad del legitimario, en beneficio de los herederos instituidos, legatarios y donatarios; y que entendida en sentido amplio la imputación tiene por fin encasillar las liberalidades en la partida correspondiente del haber, para juzgar su oficiosidad y para deslindar lo que corresponde a la legítima individual de cada legitimario.

b) *Respecto a los sujetos de una y otra operación.*

Hemos visto también, que la colación sólo son sujetos recíprocamente entre sí, ciertos herederos forzosos si aceptan la herencia.

La imputación en sentido restringido se impone únicamente a los legitimarios que ejerciten las acciones de suplemento o de reducción, e independientemente de que sucedan como herederos o como legatarios. Y pueden exigirla tan sólo aquéllos contra quienes se ejercite alguna de aquellas acciones (655).

La imputación en sentido amplio, comprendiendo legítima y parte disponible, alcanza a todos los que hayan recibido una liberalidad del causante, sean herederos forzosos o voluntarios, acepten o repudien la herencia, o bien legatarios o menos donatarios. Para comprobarlo basta examinar los problemas que plantea esa imputación *lato sensu*. Al efecto, se distinguen:

1.º Liberalidades a favor de legitimarios que acepten la herencia e imputables a la legítima. Se consideran como tales:

α) En Alemania las donaciones otorgadas a los hijos sólo son totalmente imputables a la legítima no complementada cuando el causante lo ordena así. Pero en cuanto a la mitad de lo donado re-

(654) POLACCO: Op. y vol. cit., pág. 371; CICU: *La divisione...*, pág. 124; AZZARITI y MARTÍNEZ: Op. cit., núm. 331, pág. 584; CUNHA: Op. cit., vol. X, núm. 1.599, pág. 609.

(655) Ver el § 2.327 de! B. G. B.

sultan de hecho imputadas todas las donaciones computables, anteriormente referidas (656).

β) En Suiza sólo se imputan las verificadas a título de *avancement d'hoirie* o como anticipo de derechos hereditarios (657).

γ) En Italia (658), Francia (659) y Portugal (660) todas las donaciones que el causante no haya excusado de imputación a la legítima se imputan a ésta.

2.º Liberalidades a favor de legitimarios que no acepten la herencia. Han dado lugar a interesantes problemas muy debatidos en Francia e Italia.

En Francia, después de varias vacilaciones de la jurisprudencia—resueltas definitivamente en la Sent. de las «*Chambres réunies*» de 27 de noviembre 1863—, lo donado a un hijo que repudia la herencia de su padre o madre donante sólo puede ser imputado a la parte libre. La razón de esa postura jurisprudencial es netamente dogmática. En el sistema legitimario francés la *reserva* es una porción de herencia que atribuye directamente la ley. La posición jurídica de heredero y la de reservatario son inseparables. Por tanto la renuncia a la herencia y a la reserva están recíprocamente entrelazadas (661).

En Derecho portugués se acepta igual solución (662).

El Código italiano de 1865, en su artículo 1.003 resolvía del mismo esta cuestión. Pero al redactarse el Código vigente se sopesó cuidadosamente la posibilidad de un acuerdo fraudulento entre el donatario repudiante y sus hermanos, en perjuicio de los extraños legatarios donatarios posteriores. Por eso, en el artículo 552, se dispone que la imputación a la parte disponible de lo donado al

(656) Ver nota 647.

(657) Ver ROSSEL y MENTHA: op. y vol. cit., núms. 1.008 y ss. págs. 113 y ss.

(658) Art. 654 *Codice civile*.

(659) Respecto a estas donaciones la doctrina y la jurisprudencia francesas han planteado si el exceso de lo donado sobre la legítima individual del donatario debe imputarse globalmente a la herencia a repartir entre los herederos—que en Francia siempre son herederos legítimos— o bien es imputable a la porción disponible. La *Chambre civile* se ha inclinado por la primera solución, la *Chambre des requetes* por la segunda. COLIN y CAPITANT (op. y vol. cit., página 542) han planteado ese supuesto en la hipótesis de que la donación excediera de la reserva total y creen evidente que en este caso el exceso sería imputable a la porción libre, lo que a su juicio echa en tierra por su base el criterio de la *Chambre des requetes*. PLANIOL (ob. cit., vol. V, núm. 98, pág. 96) opina que la esencia de la cuestión radica en determinar la intención del disponente y que si bien en principio parece más lógico admitir la imputación de exceso a la porción libre, la solución contraria puede resultar de las circunstancias del caso. Ello explica la aparente divergencia entre los fallos de la *Chambre civile* y de la *Chambre des requetes*.

(660) CUNHA: op. cit., vol. IX, núm. 1.426, págs. 775 y ss. y PALMA: op. y vol. cit., págs. 395 y ss.

(661) PLANIOL: Op. cit., vol. V, núm. 87, págs. 86 y ss.; COLIN y CAPITANT: op. y vol. cit., págs. 537 y ss.; SAVATIER: op. y vol. cit., núm. 613, págs. 315 y ss.

(662) Art. 2.035. Ver CUNHA, loc. últ. cit., y pág. 775. § 8.º

repudiante se realice sin perjuicio de las disposiciones verificadas por el testador con cargo a la porción disponible. De este modo, en ese caso, se invierten excepcionalmente las reglas de la reducción por inoficiosidad, pues lo donado al legitimario repudiante es reducible en primer término, incluso antes que los legados y las donaciones cronológicamente posteriores otorgadas por el causante con cargo a la porción disponible (663).

3.º Liberalidades a favor de legitimarios otorgadas por el causante con cargo a la porción disponible o a las que la ley no presuponga su imputación a la legítima.

En Alemania y Suiza, según antes vimos, se imputan a la porción disponible todas las que no están expresamente dispuestas o legalmente consideradas como imputables a la legítima.

Inversamente, en Francia (664), Italia (665) y Portugal (666) es necesario que el donante disponga su no imputación a la legítima o que expresamente las otorgue con cargo a la porción de libre disposición.

La dispensa de imputación a la legítima contenida en una donación y aceptada por el donatario supone, según la doctrina italiana (677), una más amplia liberalidad que se considera irrevocable y eficaz frente a los ulteriores donatarios.

c) *En cuanto a la masa a que van referidas una y otra operación* (668), como resulta claramente de lo hasta ahora expuesto :

(663) Ver AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 131, págs. 205 y ss.

(664) En Derecho francés las denominadas liberalidades «*preciputaires*» u «*hors part*» se imputan a la parte disponible (arts. 844 y 819, § 1) y, en su exceso con respecto a ésta, a la legítima que individualmente corresponda al donatario. Se consideran *preciputaires* u *hors part*: las donaciones a las cuales el donante atribuyó expresamente este carácter, aquellas a las que la ley se lo asigne y las liberalidades que por razón de sus circunstancias denoten una voluntad implícita de que se adjudiquen *hors part*. Verbigracia, las donaciones manuales en general y ciertas liberalidades disimuladas. (Ver PLANTOL, op. cit., vol. V, núm. 90, págs. 89 y ss. y núm. 97, pág. 95; COLIN y CAPITANT, op. y vol. cit., pág. 539; SAVATIER, op. y vol. cit., núm. 601, pág. 313.)

(665) El vigente *Código civil italiano* (art. 564) exige expresa dispensa del causante para que lo donado a un legitimario se impute a la parte disponible. A esa dispensa de imputación a la legítima, la doctrina señala como únicos límites los que representan las demás legítimas y la irrevocabilidad de las donaciones anteriormente dispuestas. (Ver POLACCO, op. y cit., vol. I, pág. 372; BARASSI, op. cit., núm. 98, pág. 280; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núms. 135 y 136, págs. 219 y ss.)

(666) En Portugal, la doctrina entiende que de las donaciones otorgadas a favor de los legitimarios únicamente son imputables a la parte disponible: 1.º Las hechas con dispensa de imputación o de colación. 2.º La dote constituida a cuenta de la porción disponible o el exceso que sobre la legítima de la dotada suponga la dote no dispuesta a cuenta de la porción libre. 3.º Las compras hechas por el causante a nombre de un legitimario con reserva de usufructo para sí, que se consideran como verdaderas donaciones disimuladas. (Ver CUNHA, op. cit., vol. IX, núm. 1.426, págs. 775 y ss., y DE PALMA, op. y vol. cit., págs. 395 y ss.)

(667) Ver AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 186, pág. 221.

(668) Ver ROGUIN, op. cit., vol. V, núm. 3.195, pág. 447; CICU, *La divisione...*, pág. 125; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 331, pág. 594.

La imputación es referida a la masa de cálculo de las legítimas, bien se aplique a la legítima o la porción libre. Es decir, que la masa límite de la imputación es la legítima individual del propio donatario o bien la parte no dispuesta previamente de la cuota de libre disposición, según se trate de imputar a una u otra cuota y sin perjuicio de la posible imputación del exceso a la parte disponible o, en su caso, a la legítima individual del propio donatario, respectivamente.

La colación se refiere a la masa partible entre los herederos forzosos. Puede ser mayor que la parte de distribución forzosa, e incluso comprender la totalidad de la masa formada por el líquido relicto y lo donado, de la que sólo se restan las cuotas correspondientes a herederos extraños, los legados y las donaciones no colacionables. Además, si las donaciones no colacionables resultan inoficiosas, la colación podría resultar impotente, por sí sola, para formar una masa que cubriera las legítimas.

C) *Reducción por inoficiosidad y colación.*

La reducción de las donaciones inoficiosas constituye la fase fáctica o de realización de la serie de operaciones dirigidas a un mismo fin y constituidas en cadena por la computación, la imputación y la reducción. Esa restitución a la masa partible, que supone la reducción de las donaciones inoficiosas, ha sido denominada a veces *colación* o *rappori*, usando esas palabras en sentido vulgar (669) y no en su significado técnico jurídico. Ello obliga a concretar las diferencias que separan ambas operaciones:

a) *En cuanto al fin.*

Resulta de lo expuesto que la reducción tiene por finalidad asegurar el *minimum* legal a los legitimarios, mientras la colación procura la igualdad o la proporcionalidad entre ciertos coherederos (670).

b) *Por sus presupuestos (671).*

La reducción sólo juega cuando algún legitimario sufre lesión en sus derechos.

La colación es independiente de que exista o no lesión en alguna legítima y actúa aunque no la haya.

c) *Por el carácter de la norma que las regula (672):*

La reducción por inoficiosidad no se puede salvar por dispensa

(669) Ver lo dicho anteriormente en las notas 600 y 601 y en el texto correspondiente.

(670) ROGUIN, op. cit., vol. V, núm. 3.188, págs. 442 y ss.; RUGGIERO, op. y vol. cit., § 133, pág. 1059; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 331, pág. 593.

(671) POLACCO, op. cit., vol. II, pág. 304; AZZARITI y MARTÍNEZ, loc. cit. cit.; CUNHA, op. cit., vol. X, núm. 1.599, pág. 600.

(672) Ver SAVATIER, op. y vol. cit., núm. 535, págs. 274 y ss.

del causante, ya que forma parte de las normas protectoras de las legítimas que son de derecho necesario.

En cambio, hemos visto que cabe dispensar la colación.

d) *En cuanto a los sujetos activos y pasivos de una y otra institución:*

De lo anteriormente indicado resulta que la colación únicamente juega entre ciertos coherederos forzosos recíprocamente.

Hay unanimidad en las legislaciones en no conceder la acción de reducción más que a los legitimarios perjudicados (673). El *Codice civile* italiano exige, además, para poder ejercitarla contra quien no sea coheredero de heredero forzoso, que el actor acepte la herencia a beneficio de inventario (674).

También son unánimes las legislaciones en preceptuar que la acción de reducción se dirija preferentemente contra los beneficiados con disposiciones testamentarias inoficiosas, y sólo subsidiariamente contra los donatarios, precisamente por orden inverso a la fecha de sus respectivas donaciones (675). Pero, ante el posible supuesto de resultar insolvente alguno de los donatarios que debían sufrir la reducción, se ha planteado quién debe sufrir las consecuencias de esa insolvencia.

En Francia se han defendido tres soluciones:

Pothier (676) consideró que sólo los legitimarios debían sufrir la insolvencia del donatario responsable, puesto que las donaciones anteriores cabían en la parte disponible.

Planiol (677) estima como solución más justa que aquellas donaciones que no puedan ser reducidas no sean computadas a efecto alguno.

Pero la *Court de Cassation*, no sin vacilaciones, se ha decidido, finalmente, por repercutir la reducción a los donatarios anteriores.

En Italia, el artículo 562 del vigente *Codice civile* ha decidido la no computación en la masa de la donación irreducible (678).

Igual solución acepta el artículo 537, alin. 2, del Código suizo (679).

En Alemania se estima que el donatario anterior no responde de la insolvencia del posterior (680).

(673) Código francés, art. 921; italiano, art. 564; alemán, § 2.325; portugués, art. 1.492.

(674) Art. 564. Se trata de una garantía adoptada a favor de los donatarios para que se obtenga la seguridad previa al ejercicio de la acción, de que los bienes relictos no bastan para cubrir la legítima. (Ver AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 139, págs. 223 y ss., y BARASSI, op. cit., núm. 97 ter., págs. 277 y ss.)

(675) Código francés, art. 923; italiano, arts. 554 y 655; suizo, art. 532; alemán, §§ 2.328 y 2.329; portugués, art. 1.493.

(676) «Traité des donations entre-vifs», Sec. III, art. V, § V, en *Oeuvres*, cits., vol. XIII, págs. 325 y s.

(677) Op. cit., vol. V, núm. 116, pág. 112.

(678) Ver AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 145, págs. 234 y s.

(679) Ver ROSSEL y MENTHA, op. y vol. cits., núm. 1.013, pág. 120.

(680) Ver KIPP, op. y vol. cits., § 136, VI, 5, pág. 343.

Esa solución la defiende Cunha (681) para el Derecho portugués, apoyándose en la consideración de los legitimarios como acreedores del montante a reducir, de la que deduce que, como tales acreedores, deben sufrir el riesgo de la insolvencia de sus deudores.

e) *Respecto los bienes objeto de una y otra operación:*

Hemos visto cuáles son los bienes considerados como colacionables y el criterio, predominantemente subjetivo, que preside la posible exclusión de la colación.

Ahora conviene precisar qué donaciones pueden ser objeto de reducción. Determinación que obedece a un criterio imperativamente señalado por la ley.

En los códigos de la familia latina—francés, artículo 923; italiano, artículo 555; portugués, artículo 1.482, en relación con el artículo 1.790—son objeto de reducción, por orden sucesivo inverso a sus fechas, todas las donaciones computables, cuando, sumadas al caudal relicto, éste no baste para cubrir las legítimas calculadas con referencia a dicha suma.

Esa posibilidad de reducción tiene en otros ordenamientos jurídicos un límite cronológico. El B. G. B., § 2.325, limita la reducción a lo donado a extraños en los diez últimos años (682). El Código austríaco, después de modificado (§ 785, según redacción de la tercera Novela parcial, § 68, y § 951, según redacción de la misma Novela, § 71), no tiene en cuenta a estos efectos las donaciones hechas a favor de los no legitimarios con más de dos años de anterioridad a la muerte del causante (683).

En Derecho suizo (684), conforme su artículo 527, deben distinguirse dos grupos de donaciones sujetas a reducción:

1) Quedan sujetas a reducción, si son inoficiosas, sin requisito alguno de tiempo, las liberalidades consideradas a título de anticipo de legítima (que son las donaciones hechas en atención al casamiento, profesión, industria), las verificadas a título de liquidación anticipada de derechos hereditarios o por contrato sucesorio, aquellas en que el donante se reservó el derecho a revocarlas y las enajenaciones hechas con la intención manifiesta de eludir las reglas concernientes a la legítima.

2) Con criterio cronológicamente limitado, las demás liberalidades que no sean meros regalos usuales, pueden reducirse cuando

(681) Op. cit., vol. VIII, núm. 1.142, pág. 227.

(682) Ver KIPP, op. y vol. cit., § 136, II, pág. 339; BINDER, op. cit., § 33, II, págs. 304 y ss. De ser la donación entre cónyuges el plazo se computa a partir de la disolución del matrimonio.

(683) Ver KIPP, op. y vol. cit., § 136, I, pág. 338. De igual modo que en el B. G. B., en las donaciones hechas al cónyuge el plazo no empieza a correr antes de la disolución del matrimonio y del divorcio.

(684) Ver ROSSEL y MENTHA, op. y vol. cit., núms. 1.008 y ss., págs. 113 y siguientes.

resulten inoficiosas, si se consumaron en los cinco años inmediatos anteriores a la muerte del causante.

f) *En el modo de verificarse:*

α) La reducción puede realizarse de dos maneras: por restitución *in natura* y por abono del exceso en dinero.

En Francia (685), Italia (686) y Portugal (687), por regla general, la restitución debe verificarse *in natura*. No obstante, esa regla sufre varias excepciones. En los tres países tiene lugar la restitución en valor: cuando las cosas donadas se hubieran perdido por culpa del donatario y en caso de enajenación del bien sujeto a reducción, si el donatario tiene solvencia para satisfacer su valor o el adquirente lo abona en metálico. Además, en Francia—en virtud de la modificación del artículo 866 por la Ley de 17 de junio de 1938—, si los bienes donados con exceso a un legitimario fueran inmuebles, explotaciones agrícolas u objetos de *menage* común, pueden ser conservados por el donatario, que abonará a sus colegitimarios en metálico el exceso en los plazos fijados judicialmente a falta de acuerdo entre ellos.

En Italia (C. c., art. 650), si la reducción tuviera por objeto un inmueble, deberá quedárselo el donatario abonando en dinero la parte correspondiente a los legitimarios, si el exceso de valor del inmueble no sobrepasa la cuarta parte de la porción disponible.

En Derecho suizo (688), en cambio, la reducción se efectúa normalmente mediante la restitución en dinero del exceso, pero cuando la donación deba ser íntegramente reducida, es facultativa del donatario su restitución *in natura*.

En Derecho alemán (689) el donatario puede, en cualquier caso, evitar la restitución material de lo que le fué donado en exceso abonando su importe en dinero.

β) La colación se puede realizar real o materialmente, es decir, *in natura* o por cuerpos, y ficticiamente, esto es, por toma de menos o imputación en valor.

El Código de Napoleón que recogió las reglas del *Droit Coutumier*, impuso como regla general la colación material de los bienes inmuebles *en nature* (art. 859). Al colacionante se le debían abonar los gastos necesarios y el aumento de valor del inmueble por las mejoras útiles que hubiera realizado, si dicho aumento no exce-

(685) Ver PLANTOL, op. cit., vol. V, núms. 99 y ss., págs. 96 y ss.; COLIN y CAPITANT, op. y vol. cits., págs. 545 y sigs.; SAVATIER, op. y vols. cits., núm. 622 y ss., págs. 319 y ss.

(686) CICU, *La successione legitima...*, P. II, C. VIII, págs. 278 y ss.; BARASSI, op. cit., núm. 97 ter. y ss., págs. 276 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núms. 137 y ss., págs. 221 y ss.

(687) Ver CUNHA, op. cit., vol. VIII, núm. 1.143, págs. 228 y ss.

(688) Ver ROSELL y MENTHA, op. y vol. cits., núm. 1.008, págs. 113 y ss.

(689) Ver KIPP, op. y vol. cits., § 136. VI, 4 y 5, pág. 342; BINDER, op. cit., § 33, II, pág. 305.

día de lo gastado a dicho fin, o el importe de estos gastos en caso contrario (arts. 861 y 862). Excepcionalmente se aceptaba la colación por toma de menos (*en moins prenant*) de los inmuebles: 1.º Si el difunto la ordenó. 2.º Cuando en la masa hereditaria existan otros bienes inmuebles de la misma naturaleza, valor y calidad, con los cuales se puedan formar lotes aproximadamente iguales para los otros coherederos (art. 859, *señsu contrario*). 3.º En caso de pérdida del inmueble donado por culpa del donatario (artículo 855, en contrario). 4.º Si el donatario enajenó el inmueble antes de abrirse la sucesión (art. 860 antiguo) (690).

El Decreto-Ley de 17 junio 1938 ha modificado esa regla general, disponiendo la colación por toma de menos de los inmuebles, con la única excepción de que el causante hubiera ordenado la colación material (691).

La toma de menos ha sido siempre en Derecho francés el único modo de colacionar aplicable a los bienes muebles.

En Italia (692), tratándose de la colación de inmuebles, se concede al heredero colacionante la elección entre verificarla materialmente (*in natura*) o por toma de menos (*per imputazione*) (artículo 746), salvo si los bienes inmuebles hubieran sido enajenados o hipotecados, en cuyo caso sólo cabe el segundo modo de colacionar. Los bienes muebles sólo por imputación se colacionan. Cuando la donación a colacionar por imputación excede de la cuota correspondiente al colacionante, se discute si éste debe devolver el exceso (693). Tratándose de colacionar dinero, si en la herencia no lo hubiera suficiente para igualar a los otros coherederos, se concede a la colacionante la facultad de aportar lo que faltara en dinero o en títulos del Estado (art. 751).

La liberación del deber de colacionar, por pericimimiento fortuito de la cosa sólo se aplicó a los bienes inmuebles en el viejo código italiano (art. 1.012), habiéndose extendido en el vigente también a los bienes muebles (art. 744).

En Portugal (694), es regla general la colación por toma de menos (*en valor*), pudiéndose verificar materialmente (*en sustancia*) por acuerdo de todos los interesados. Debe ser repuesto materialmente el exceso de lo donado a colacionar con respecto a la cuota hereditaria del donatario.

El Código suizo (art. 628) concede al heredero la elección entre colacionar materialmente (*in nature*) o por toma de menos (*d'en imputer le valeur*). La doctrina entiende que si bien el heredero

(690) Ver PLANIOL, op. cit., vol. IV, núm. 602 y ss., págs. 707 y ss.; COLIN y CAPITANT, op. y vol. cit., págs. 283 y ss.

(691) SAVATIER, op. y vol. cit., núms. 554 y ss., págs. 283 y ss.

(692) Ver CICU, *La divisione...*, págs. 137 y ss.; BARASSI, op. cit., núm. 71, págs. 189 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 342 y ss., págs. 620 y ss.

(693) Opinán afirmativamente ANDREOLI (op. cit., Cap. III, núm. 5, págs. 143 y ss.) y CICU (op. cit., págs. 128 y 147 y ss.). Negativamente, BARASSI (op. cit., núm. 71, pág. 191).

(694) CUNHA, op. cit., vol. X, núm. 1.641, págs. 745 y ss.

conserva dicha opción aunque la donación que haya de colacionar exceda de su cuota hereditaria, en este caso, si opta por la imputación debe devolver el exceso a su coherederos (695).

En Alemania (696) la colación se verifica siempre por toma de menos (§ 2.055). El donatario no tiene que devolver el exceso de valor que la donación colacionada suponga con respecto al de su cuota hereditaria, simplemente deja de tomar parte en la división de lo relicto que se distribuyen los demás coherederos (§ 2.056).

f) *Naturaleza respectiva de la reducción y de la colación.*

α) Al estudiar la naturaleza de la acción de reducción por inoficiosa se observa un notable contraste en las respectivas posiciones iniciales del Derecho romano y el Derecho germánico.

En el primero, si bien la acción de reducción tiene por objeto la restitución *in natura* de lo donado en exceso, sus efectos son meramente personales, no alcanzan a tercero y se dirigen a obtener la revocación, que nunca se opera automática ni retroactivamente (697).

En Derecho germánico la revocación fué automática y retroactiva, pues la donación inoficiosa forma parte de la reserva indisponible por el causante. Por dicha razón tiene efectos reales que perjudican a terceros (698).

Una tercera posición, que como veremos representan los Códigos alemán y suizo, se inspira en la doctrina del enriquecimiento sin causa.

Pero la solución germánica aparece atenuada en el mismo Código francés y mayormente en los ordenamientos influidos por el mismo.

El Código francés (699) mantiene, como regla general, que el donatario, que sufre la reducción, es considerado como si nunca hubiese sido dueño de los bienes que le fueron donados en exceso (artículos 923 y ss.): La resolución de su derecho lleva consigo la de los derechos reales que hubiera constituido sobre tales bienes (artículo 929), y permite a los legitimarios reivindicarlos de manos de los terceros adquirentes, aunque con las limitaciones que vamos a ver (art. 930).

(695) ROSSEL y MENTHA, op. y vol. cit., núm. 1.163, págs. 266 y ss.

(696) Ver KIPP, op. y vol. cit., § 88, VII, págs. 54 y ss.; BINDER, op. cit., § 29, III, pág. 257.

(697) Ver WINSEHEID, op. y vol. cit., § 586, núms. 12 y 13, pág. 273.

(698) Ver POTHIER, op. y vol. cit., Sec. III, art. VI, pág. 326. Como siguiendo a COQUILLE, dice BARASSI (op. cit., pág. 379, notas 36 c), la acción de reducción en el *Droit coutumier* de la Francia septentrional era una verdadera acción reivindicatoria, no una acción resolutoria, puesto que la resolución se producía automáticamente al abrirse la sucesión y su reclamación tenía carácter declarativo, como una *querela nullitatis*.

(699) Ver PLANIOL, op. cit., vol. V, núm. 99 y ss., págs. 96 y ss.; COLIN y CAPITANT, op. y vol. cit., págs. 545 y ss.; SAVATIER, op. y vol. cit., núm. 621 y ss., págs. 318 y ss.

No obstante, la retroactividad de esta revocación sufre estas atenuaciones:

1) El donatario tiene derecho a conservar los frutos e intereses producidos antes de la muerte del donante, y si la petición de reducción no se hizo dentro del año siguiente a la fecha del fallecimiento del causante, podrá retener lo percibido hasta la interposición de la demanda (art. 928), fecha que será la única que determinará dicho efecto con respecto a los terceros adquirentes.

2) La reivindicación frente a terceros de los bienes, objeto de la reducción, queda suspendida mientras el reclamante no haga previa excusión de los bienes del donatario (art. 930) y el adquirente puede enervarla abonando en metálico el exceso a reducir. Además, la reivindicación se detiene cuando actúa el principio «*en fait de meubles possession vaut titre*».

A pesar de la retroactividad, antes expresada, los bienes donados en exceso no se entienden comprendidos en la herencia. Prueba de ello es que la reducción no aprovecha más que a los legitimarios, pero no a los legatarios aunque lo sean a título universal. Ni a los acreedores del causante, si el heredero favorecido por la reducción aceptó la herencia a beneficio de inventario, separando así el patrimonio del causante de los demás bienes pertenecientes o adquiridos por el heredero.

En Italia (700) ha sido muy estudiada por la doctrina la acción de reducción. En contra de los principios de *Droit coutumier*, preponderantes en el Código de Napoleón, parece que la acción de reducción es considerada como una acción personal de carácter resolutorio, cuyo fin es conseguir para los legitimarios la propiedad de lo donado, destruyendo la donación en cuanto fuera excesiva. Los bienes objeto de la reducción tampoco integran la masa hereditaria, en cuanto que los acreedores del causante no pueden aprovecharse de dicha reducción si el heredero aceptó a beneficio de inventario (art. 557, ap. final).

El efecto resolutorio tiene en Italia parecidos límites que en Francia, no alcanzando a los frutos percibidos antes de la interposición de la demanda. Pero alcanza a los terceros adquirentes de los bienes inmuebles, aunque se hubiera inscrito en el registro su adquisición, y a los terceros adquirentes de los muebles cuando no actúe el principio *possesso vale titolo* (art. 563). No obstante, como en Francia, la acción sólo puede dirigirse contra tercero después de hacer excusión de los bienes del donatario y aquél podrá enervada satisfaciendo en dinero el valor equivalente al exceso donado (art. 563, ap. final).

(700) Ver POLACCO, op. cit. vol. I, págs. 409 y ss.; CORIELLO, op. cit. cap. XXIV, págs. 373 y ss.; CICU, *La secessione legitima...*, P. II, cap. VIII, págs. 278 y ss.; BARASSI, op. cit., núm. 97 ter. y ss., págs. 276 y ss.; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., núm. 137 y ss., págs. 221 y ss.

En Portugal (701), se nota la influencia del Código de Napoleón, pero con mayores limitaciones. La acción de reducción se calificaba de rescisoria del derecho del donatario y no alcanza a las hipotecas constituidas por el donatario, aunque sí a las servidumbres y usufructos que éste mismo hubiera constituido (arts. 1.501, en rel. art. 1.484). Los terceros adquirentes no pueden sufrir la reivindicación del donatario, pero, en cambio, pesa sobre ellos el *onus* de responder subsidiariamente al donatario de la restitución del exceso de valor donado. Los frutos percibidos sólo deben restituirse a contar del momento de la interposición de la demanda.

Frente a los regímenes expuestos, el principio del enriquecimiento torticero preside en Alemania (§ 2.329) (702) y en Suiza (artículo 528) (703) la regulación de la acción de reducción por inoficiosidad de las donaciones. La acción tiene, por tanto, carácter personal. En el Código suizo se distingue expresamente según sea de buena o mala fe el donatario que deba sufrir la reducción. En el primer caso, sólo debe restituir el valor de su enriquecimiento el día de abrirse la sucesión; en el segundo, debe restituir el valor íntegro de lo donado según el estado de las cosas el día de la donación y su precio el día de su fallecimiento. La buena fe del beneficiario se presume siempre, y a él le corresponde la prueba de que su enriquecimiento es menor que el de la liberalidad recibida. Se considera de mala fe a quien el día de la donación sabía o debió saber que la liberalidad que recibía lesionaba alguna legítima.

β) El tema de la naturaleza jurídica de la colación ha apasionado a la doctrina italiana, especialmente a partir de la monografía de Andreoli «Contributo alla teoria delle collazione delle donazione» (704).

La colación ¿se concreta a una obligación del heredero donatario o supone una reversión a la masa partible? En este caso, ¿revierte a la masa hereditaria o forma una masa adicional incluida en la masa partible? ¿Se incluye entre lo que se distribuye a título de herencia o se percibe como legado *ex lege*? ¿Es o no es retroactiva dicha resolución de la donación?

La colación por imputación o toma de menos ¿es de naturaleza igual o distinta de la colación material o *in natura*? De ser distinta ¿cuál será su naturaleza?

En Francia, el viejo *Droit coutumier* partía de considerar las donaciones como un anticipo de herencia y las sujetaba con vínculo de indisponibilidad. De ello restó en el Código de Napoleón la resolución retroactiva de la donación colacionada respecto de las cargas y gravámenes impuestos por el donatario. Pero esta retroactividad en dicho Código ya no alcanzó a la enajenación

(701) Ver CUNHA, op. cit., vol. VIII, núm. 1.143, págs. 228 y ss.

(702) Ver ROSSEL y MENTHA, op. y vol. cit., núm. 1.008, págs. 113 y ss.

(703) Ver KIPP, op. y vol. cit., § 136. VI. 4 y 5, pág. 342; BINDER, op. cit., § 33, II, pág. 305 y nota 5.

(704) Milano, 1043.

total. En este caso entraba en juego la colación *en moins prenant*, sin responsabilidad alguna para el adquirente en caso de insolvencia del donatario, al contrario de lo dispuesto por el ejercicio de la acción de reducción por inoficiosidad (705).

Hoy, la reforma de la ley de 17 de junio de 1938 ha establecido como regla general la colación en *moins prenant*, exceptuándola únicamente cuando el causante ordene la colación *in natura*. De ello deduce Savatier (706) que cuando efectivamente el causante ordena en cláusula expresa la colación material, el inmueble debe ser reintegrado a la masa partible, resolviéndose las enajenaciones y gravámenes impuestos por el donatario, y no queda a los adquirentes otro recurso que el de intervenir en la partición, para reclamar que el inmueble en cuestión se asigne a la cuota del donatario enajenante.

En Italia pueden distinguirse las siguientes posiciones con respecto a la naturaleza de la colación material:

1.ª Según Barassi (707), la colación no supone el desplazamiento automático de la propiedad del bien donado, sino que únicamente origina la obligación de colacionar por parte del donatario.

2.ª Andreoli (708) adopta la posición opuesta. A su juicio, la colación produce automáticamente, *ope legis*, el desplazamiento patrimonial del bien donado, que pasa a ser común de los coherederos. Se produce la resolución de la donación con efecto retroactivo al día de la donación. Retroactividad absoluta desde el día de la colación al de la partición; relativa desde el día de la donación al de la colación, en cuanto no alcanza a la devolución de los frutos producidos en este período. La norma del artículo 746, § 2—según la cual la enajenación o gravamen del bien donado extingue la facultad de elección del donatario, que necesariamente deberá colacionar por imputación—no significa, según este autor, que la ley haya negado la eficacia contra tercero a la colación, sino simplemente que se impone la imputación al donatario. De lo cual deduce que en el caso de constitución de otros derechos reales diferentes a la hipoteca no se excluye la colación material, con la consiguiente resolución de tales derechos, y que cuando la donación imputada exceda de la cuota del donatario, la colación del exceso debe verificarse *in natura*, con lo cual en cuando a dicho exceso el bien inmueble enajenado ingresa

(705) Ver PLANIOL (op. cit., vol. IV, núm. 618, pág. 717). COLIN y CAPITANT (op. y vol. cit., pág. 293) opinan que en el período comprendido entre la apertura de la sucesión y la partición, la colación afectará con eficacia respecto terceros adquirentes a las enajenaciones hechas en dicho período que provisionalmente quedarán en suspenso y sujetas a los resultados de la partición, es decir, con su validez pendiente de que la cosa enajenada se adjudique al donatario transmitente.

(706) Op. y vol. cit., núms. 559 y ss., págs. 285 y ss.

(707) Op. cit., núm. 71, págs. 191 y s.

(708) Op. cit., Cap. I, núms. 4 y ss., págs. 6 y ss.

en la masa común, resolviéndose en cuanto al mismo derecho del adquirente o del titular de la hipoteca.

En cambio, el mismo* Andreoli (709), cree que el bien colacionado no ingresa en la masa hereditaria, porque de ser así la colación aprovecharía también a los herederos extraños y a los acreedores de la herencia, incluso en los casos de aceptación a beneficio de inventario y de ejercicio del derecho de separación, porque los descendientes donatarios no podrían retener la donación y repudiar la herencia, pues ello equivaldría a una repudiación parcial de herencia, cosa legalmente imposible. Forman los bienes colacionados, a su juicio, una masa común a los coherederos en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias, pero distinta a la comunidad hereditaria con la que coexiste. La juzga como un legado *ex lege* que a favor de sus coherederos legales grava al heredero donatario: un legado de cosa ajena al testador y propia de un coheredero, dispuesta por la ley a favor de los demás.

3.ª Cicu (710) acepta que la colación material no tiene carácter meramente obligatorio, sino real. Acepta, pues, el carácter resolutorio de la donación automáticamente producido por la colación en virtud del imperativo legal. Pero, a diferencia de Andreoli, opina que dicha resolución no produce efectos retroactivos, absolutos ni relativos, con respecto al día de la donación, sino que opera en el momento de la apertura de la donación, *ex nunc*, no *ex tunc*.

También difiere de la de Andreoli la tesis de Cicu en cuanto opina que los bienes colacionados engrosan la masa hereditaria propiamente dicha. Pero también estima que dicho ingreso, sea porque se opera en un momento inmediato siguiente al fallecimiento del causante o bien porque sólo se entiende verificado con respecto a los coherederos legitimarios, no implica que los acreedores ni los herederos voluntarios puedan beneficiarse con la colación. Por eso, entiende que en caso de enajenación por un heredero forzoso de su cuota hereditaria se incluye en la transmisión el plus que le corresponda por la colación de los demás coherederos.

La colación por imputación también ha sido diversamente explicada por la doctrina. He aquí las tesis más importantes (711):

1.ª Tesis de la *realización de crédito por toma de menos*. Entiende que en la colación por imputación, los herederos legitimarios no colacionantes son titulares de un crédito al equivalente en valor de lo que adquirirían con la colación material. La imputación o toma de menos no es sino el modo de realizar ese crédito.

(709) Op. cit., Cap. I, núms. 41 y ss., págs. 69 y ss.

(710) *La divisione...*, págs. 128 y ss.

(711) Tomamos como base de la clasificación, que exponemos, la establecida por ANDREOLI (op. cit., cap. II, núm. 2, pág. 86), que detenidamente estudia y hace la crítica de las cinco que primeramente referimos y construye la sexta, que es la suya. Añadimos como séptima posición la sostenida por Cicu.

to (Mo'ucci, Piola, Coviello, Ricci) (712). Fuera de Italia, Binde (713) aclara que se trata de una obligación activa y pasiva vinculada a la legitimación en las cuotas partes de la herencia, como se demuestra por el hecho de que la colación sólo se puede hacer valer en la división y sólo puede ser cumplida y satisfecha en la división: es un derecho accesorio e inseparable del derecho hereditario *pro parte*.

2.^a Tesis de la *asignación a la cuota hereditaria del donatario*. Según ella, la colación por imputación es la consecuencia de que el bien donado se considera atribuido a título hereditario y asignado en la cuota del donatario (Deschamps, Polacco, Ranellotti).

3.^a Tesis de la *reducción de la cuota hereditaria del donatario*. Conforme esa tesis, en la colación por imputación el bien donado sólo es tomado en consideración con el fin de determinar la cuota hereditaria del descendiente donatario y de los descendientes no donatarios, en el sentido de que la de aquél debe ser tanto menor que los de éstos cuanto valga el bien donado. De este modo, dicho bien sólo sería tenido en cuenta para disminuir la cuota hereditaria del descendiente donatario respecto a una hipotética cuota-base computada con relación a la suma del haber hereditario y los bienes a colacionar (es la tesis alemana de Kho'er, Eblecke).

4.^a Tesis de la *previa detracción del equivalente por los herederos forzosos no donatarios*. Así, la colación por imputación se convierte en el derecho concedido a los herederos que sean sujetos activos de la colación de retirar previamente (*prelevare*) de la masa partible bienes de un valor equivalente y, en lo posible, de igual especie y calidad que los donados (Paciffici-Manzoni, De Filippis, Vitali, Barassi) (714).

5.^a Tesis de la *invariabilidad de las cuotas hereditarias con modificación de las participaciones concretas en la masa partible*. Entiende que la colación por imputación no supone modificación de las cuotas hereditarias, pero sí de las participaciones concretas

(712) También parecen ser de esa opinión ROSSEL y MENTHA (op. y vol. cit., núm. 1.138, pág. 258), que hablan de que existe *una obligación legal* y rechazan la tesis del *legado legal*.

(713) Op. cit., § 29, III, págs. 257 y ss. Lo mismo rechaza BINDER que se trate de una simple y pura obligación entre los coherederos, como que suponga un desplazamiento cuantitativo del contenido del derecho de los herederos legales en forma de crecimiento y decrecimiento sincrónico de las respectivas cuotas de la herencia. El absurdo de esta última tesis, en su opinión, se patentiza en sus consecuencias. Verbigracia, en el caso de que uno de los herederos colacionantes no reciba porción hereditaria alguna: no habría entre ellos comunidad hereditaria ni valdrían los actos de administración por él verificados.

(714) BARASSI (op. cit., núm. 71, págs. 190 y ss.) opone el sistema francés de «toma de menos» (*en moins prenant*) del colacionante y el de «toma previa» (*prelevamento*) de los demás coherederos, frente a la colación *in natura*. Señala que con aquellos puede llegarse al resultado de no ser reducidas las donaciones que sin lesionar ninguna legítima excedan de la cuota del donatario

que en la partición deben recibir los herederos legitimarios, que debe ser tanto mayor para los no donatarios cuanto monte la donación colacionable (Siesse).

6.ª Tesis de la *equivalencia a la colación material con imputación de lo donado a la cuota particional del colacionante*. Ha sido ésta brillantemente defendida por Andreoli (715), para quien la colación por imputación no es sino una variante de la colación material o *in natura*, consistente en el derecho concedido al heredero colacionante de quedarse con la donación hasta el montante de su cuota particional, imputándola a la misma. Es decir, como en la colación material, lo donado se hace automáticamente común al deferirse la herencia, aunque no forme parte de la masa hereditaria, sino de una masa diferente, pero adyacente, que se divide conjuntamente con aquélla. Al donante le corresponde la facultad de imputar el bien donado en cuanto alcance su cuota particional.

7.ª Tesis de la *equivalencia a la colación material con imputación de lo donado a la cuota hereditaria—aunque sea con efectos limitados—del colacionante*. Es la teoría de Cicu (716), que distingue la colación como efecto operado *ex lege* en el momento de la delación y la colación como operación divisoria. En el instante de la delación, en virtud de la colación, ingresa en la masa hereditaria (aunque sea con efectos limitados, como antes referimos al exponer la tesis del propio Cicu respecto a la colación material), sea íntegramente el bien donado, o bien su equivalente en valor (si la ley dispone la colación por imputación o el donatario opta por ella) hasta el montante de la cuota del colacionante y en lo que exceda de ella la parte del bien donado necesaria para completar la colación. En la división, el donatario debe o puede imputar el bien donado a su cuota. Eso faculta a sus coherederos a detraer de la masa bienes equivalentes en valor y, a ser posible, de la misma especie y calidad, lo que implica la inclusión del bien colacionado en la cuota del propio donatario. Si lo que se hizo común en el instante de la delación fué el equivalente en valor del bien donado, al practicarse la división se imputa este valor en la cuota del mismo donatario, y los demás coherederos detraen en igual medida bienes hereditarios. Pero, en uno y otro caso, si la donación imputada excediera del valor de la cuota hereditaria del donatario, calculada con inclusión de las donaciones colacionadas, el exceso deberá ser colacionado *in natura*, o bien el colacionante resultará deudor de esa diferencia de valor, según los casos.

Como puede observarse, esa última tesis es parecida en su resultado a la de Siesse, pero más precisa llega al mismo por inverso camino. De la de Andreoli difiere especialmente por la con-

(715) Op. cit., cap. II, núms. 13 y ss., págs. 107 y ss.

(716) *La divisione...* págs. 146 y ss.

sideración unitaria de la masa, que acepta Cicu como masa hereditaria, aunque con efectos limitados.

No se crea que esas distintas formulaciones sólo tengan valor teórico. Muy al contrario, unas y otras llegan a resultados prácticos muy diversos. V. gr.: Que la imputación tenga efectos reales o meramente obligatorios, en especial en cuanto al exceso de lo donado respecto de la cuota del donatario. También respecto al hecho de agotarse la colación en la imputación, aunque la donación exceda de la cuota del donatario (como sucede en el B. G. B., § 2.056), o bien, en dar lugar a la devolución obligatoria o real del exceso a la masa (Francia, Suiza, Portugal). Las tesis expuestas en tercero y cuarto lugar llevan a la primera solución; las referidas en sexto y séptimo, a la segunda.

§ 11. La computación para cálculo de las legítimas y tercios de mejora y libre disposición en el Código civil.

La perspectiva histórica de que disponemos debe sernos de gran utilidad para el estudio de la computación de la legítima y de las partes respectivamente disponibles como mejora y libremente en el Código civil.

Por una parte, gracias a ella, tenemos una visión panorámica más extensa y, sobre todo, más profunda que los primeros polemistas posteriores al Código civil, que exclusivamente se aferraban a determinadas interpretaciones del Derecho anterior e ignoraban o pretendían olvidar otras posiciones, tal vez más sólidas.

De otra, debemos tener presente que el Código civil, en lo que no representa una evidente innovación, recogió orgánica y articuladamente el Derecho que regía antes de su promulgación, conforme fué ordenado en la Ley de Bases de 11 de mayo del año 1888 (717).

(717) Dispuso así la Base 1.ª: «El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros juriconsultos o que resulten bastante justificadas en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos legislativos.»

Las Bases 15 a 18 se ocuparon concretamente del Derecho sucesorio. Las 16, 17 y 18 señalaron las innovaciones a establecer: límite a los llamamientos deicomisarios, determinación cuantitativa de las cuotas legitimarias—que se refirieron al *haber hereditario*, sin determinar la amplitud conceptual de dicho haber—, la creación de la legítima viudal y la determinación de un nuevo orden sucesorio abintestato. De otras materias, como de la colación y la partición, se insistió en que «se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, aplicadas y complementadas por la jurisprudencia».

En materia de computación, el artículo 818 es el eje de toda la interpretación de la doctrina del Código civil. Pero su examen, que no puede separarse del de otros preceptos igualmente fundamentales, puede hacerse aplicando casuísticamente unos y otros, con valoración esencialmente literal, o bien dando a todos una estructuración orgánica, sistemática. Desde luego no pueden olvidarse los principios fundamentales del Derecho anterior, que el Código debió articular.

Vamos a ocuparnos de esta cuestión fundamental, comenzando por escudriñar las posiciones sostenidas por los autores, para terminar con el examen de qué donaciones son computables y cuáles son las normas para su valoración.

A) *Computación de la legítima y de las porciones disponibles como mejora y libremente.*

Varias cuestiones, que luego se reagrupan en un solo tema, plantea este enunciado:

¿Es una misma regla la que debe aplicarse para calcular la legítima estricta, la parte disponible como mejora y la cuota de libre disposición? Es decir: ¿son tres partes alícuotas de un mismo todo?; o bien: ¿la acumulación de lo *donado* al líquido relicto puede desequilibrar esa proporcionalidad?

Para calcular la legítima, ¿deben agregarse contablemente todas sin excepción o sólo determinadas donaciones? ¿Repercute esa reunión ficticia en el cálculo de las porciones disponibles?

Recordemos que estas cuestiones hubieran quedado totalmente aclaradas si hubiese entrado en vigor el Proyecto de 1851. El § 2.º de su artículo 648 declaraba que «al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor que tenían todas las donaciones del mismo testador». El artículo 652 estimó disponible como mejora o libremente todo cuanto no fuera legítima rigurosa. García Goyena (718) explicaba que debía hacerse «una sola masa de los bienes dejados por el padre al morir y de los que donó en vida», y que el resultado de esta agregación decidiría la legítima y las porciones disponibles como mejora o libremente». (De ese modo habrían quedado disipadas, respecto al cálculo de las mejoras, todas las dudas suscitadas por la ley 25 de Toro.)

Pero el artículo 818, § 2.º, del Código civil ha recogido con modificaciones el texto literal del § 2.º del artículo 648 del Proyecto de 1851. En lugar de decir: «se agregará el valor que tenían *todas las donaciones* del mismo testador», dice que «se agregará el que tenían todas las *donaciones colacionables* del mismo testador». En esta palabra *colacionables* está la clave de todas las cuestiones enunciadas.

Como hemos visto anteriormente, los términos «*collatio*», «*conferre*», «*colación*», «*rapport*» tienen un doble significado. Uno

(718) «Concordancias...», vol. cit., ap. núm. 8, págs. 341 y ss.

gramatical, vulgar, lato, y otro rigurosamente técnico, jurídicamente estricto. ¿En qué sentido es empleado «colacionables» en el artículo 818 del Código civil?

a) Han abundado los tratadistas que no han penetrado en esa cuestión. Repiten más o menos literalmente las palabras del artículo 818, sin explicar qué sentido tiene en el mismo la palabra *colacionables*: BONEL (719), LÓPEZ R. GÓMEZ (720), CAMINERO (721), VALVERDE (722). Sin embargo, la opinión de los tres primeros puede traslucirse, en parte, por la consideración que tienen de la finalidad de la colación, refiriéndola a la defensa de las legítimas (723). Por el contrario, VALVERDE (724) señala que «incurren en error aquellos autores que afirman que la colación está unida a la institución de las legítimas».

b) Otros han referido concretamente las donaciones colacionables de que habla el artículo 818 a las reguladas en los artículos 1.035 y siguientes.

De éstos, BOFARULL (725) y BURÓN (726) han limitado la referencia a una simple cita en nota de estos artículos. CASTÁN (727) y CASSO (727 bis) se remiten a lo que dice el artículo 1.035, y

(719) LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, *Código civil español comentado y concordado con el Derecho foral vigente*, t. III, l. III (Barcelona, 1890), art. 818, pág. 432.

(720) NICOLÁS LÓPEZ R. GÓMEZ, *Tratado teórico-legal del derecho de sucesión*, t. I (Valladolid, 1891), cap. XV, art. 3.º, núm. 11, pág. 520.

(721) EDUARDO G. CAMINERO, *Tratado teórico-práctico sobre partición de herencia* (3.ª ed., Madrid, 1927), tit. I, cap. II, Sec. 7.ª, núm. 8, pág. 144.

(722) CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, cap. XI, § III, pág. 270.

(723) BONEL (op. y vol. cits., cap. VI, art. 135) señala la finalidad de «la más equitativa y justa computación de las legítimas». LÓPEZ R. GÓMEZ (op. cit., t. II, cap. IX, art. 4.º, pág. 280) dice que la colación «es una consecuencia lógica y necesaria del sistema de restricción en la facultad de disponer los bienes cuyo sistema se funda en la teoría científica y legal de las legítimas». CAMINERO (ob. cit., tit. II, cap. IV, Sec. 6.ª, pág. 207) afirma que «como remedio legal para evitar que el afecto desmedido o la antipatía infundada hacia un ascendiente o descendiente disminuya el valor de la legítima en perjuicio de otros que también a ella tengan derecho, ha establecido la ley el recurso de la colación de bienes».

(724) Op. y vol. cits., cap. XXIV, § I, pág. 543.

(725) MANUEL DE BOFARULL, *Código civil español, según la novísima edición oficial, anotado y concordado* (3.ª ed., Madrid, 1889), art. 818, pág. 260 nota 3.

(726) GREGORIO BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español según los principios, los códigos y las leyes precedentes y la reforma del Código civil*, t. II (Valladolid, 1898), núm. 973, pág. 812, nota 2.

(727) JOSÉ CASTÁN COBEÑAS, *Derecho civil español común y foral* (Madrid, 1939), t. I, LXIII, pág. 295. No obstante, más adelante, al ocuparse de la colación, este autor se refiere a la opinión de DE BUEN y entiende que el fin de la colación no es la protección de las legítimas, porque «este criterio está desvirtuado por el 1.036».

(727 bis) CASSO ROMERO Y VIÑAS MEY, *Derecho civil español* (Madrid, 1926), t. I (debido a CASSO), tema LXIII, pág. 506.

Mucius Scaevola (728), a lo regulado en la sección que el Código dedica a la colación. Alcubilla (729) dice que la agregación del valor «que tenían las donaciones colacionables del mismo testador en el tiempo en que las hubiere hecho» se verificará «del modo que señala el artículo 1.045 en concordancia con el segundo párrafo del 818».

En cambio, Sánchez Román (730) y Manresa (731) tratan extensamente este tema. Sus doctrinas tienen interesantes precedentes históricos por ellos apenas insinuados. La de Manresa, en las opiniones de Cifuentes, Palacios Ruvios, Diego Castillo, Juan Castillo de Sotomayor, Alvarez Posadilla y Sala. La tesis de Sánchez Román recuerda las posiciones de Antonio Gómez y del jesuita Luis de Molina, y en parte a las que mantuvieron, a nuestro entender, en el siglo pasado Martí de Eixala, Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán y González Serrano.

α) Sánchez Román independiza el cálculo de la legítima y el de la porción disponible, y entiende que los herederos forzosos están protegidos contra las liberalidades *inter vivos* del causante con dos instituciones que se complementan: la colación y la reducción. Según su tesis, la colación tiene un doble significado: uno estricto al que se refieren tanto el artículo 1.035 como el 818 del Código civil (732), y otro menos propio, aplicado al cómputo previo al ejercicio de la reducción de las liberalidades no colacionables en sentido estricto (733).

Considera que la colación en sentido estricto—es decir, la del artículo 1.035, que es también, a su juicio, la que refiere el artículo

(728) *Código civil concordado y comentado extensivamente*, t. XIV (4.ª edición, Madrid, 1944, pág. 457).

(729) MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, t. VII (5.ª ed., Madrid, 1894), voz «Legítima», pág. 838. Por nota relacionada con el artículo 818, los 817, 819, 820, 1.035, 1.036, 1.039, 1.040 y 1.044).

(730) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. IV (2.ª ed., Madrid, 1899), cap. XXII, núm. 55, pág. 708; t. VI-II (2.ª ed., Madrid, 1910), cap. XV, núms. 113 y 115, págs. 947 y ss., y t. VI-III (Madrid, 1910), cap. XXVIII, núm. 57, págs. 2025 y ss.

(731) JOSÉ MARÍA MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. VI (6.ª ed., Madrid, 1952), art. 818, págs. 372 y ss.; t. VII (6.ª ed., Madrid, 1943), art. 1.035, págs. 549 y ss., y «Más sobre donaciones colacionables a los efectos de fijar la legítima», en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, vol. 99 (2.º semestre 1901), págs. 331 a 352.

(732) Vol. VI-II, pág. 953, donde deduce «la necesidad de subordinar la aplicación a determinar el sentido y efectos del mencionado párrafo segundo del artículo 818 a lo que entiende y define como donaciones colacionables el artículo 1.035, apareciendo aquél condicionado y completado por éste».

(733) Vol. VI-II, pág. 961: «Las donaciones hechas a extraños tienen también el carácter de colacionables para igual fin de defensa de la integridad de las legítimas de los herederos forzosos, si bien en sentido opuesto, o sea que las otorgadas a éstos se colacionan y, en su caso, se reducen para que no lleve de más de su legítima el donatario y de menos los otros legitimarios, y las hechas a extraños se colacionan para que no traspasen el importe de la parte de libre disposición en perjuicio de todos los herederos forzosos.»

lo 818—se verifica únicamente para fijar la legítima en provecho exclusivo de los herederos forzosos, no para ampliar el caudal líquido hereditario en provecho de herederos voluntarios y de legatarios (734). Con lo que, sin duda, significa que la parte libre del caudal relicto sólo se calcula con relación al activo líquido sin agregar, ni aun contablemente, el valor de donación alguna, y que, por tanto, no se aumenta su valor, cualquiera que sea el importe de lo colacionado por los herederos forzosos.

La colación propiamente dicha, según Sánchez Román (735), «en el concepto legal que el Código atribuye a esta palabra y la aplica, no es otra cosa que la *imputación* a los herederos forzosos en parte de pago de su legítima corta y también de la larga o mejora, ..., de lo recibido por título lucrativo o gratuito por cualquiera de dichos herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante común, donante o mejorante de aquéllos, y la revocación o reintegro a la masa hereditaria del exceso que resultare de aquellas donaciones hechas en vida por el mismo, para que, incluyéndose en el activo de la herencia, se dividan entre los partícipes y no se perjudique la legítima de los herederos forzosos que no recibieron nada por dote, donación o título lucrativo de dicho causante común en vida de éste».

Pero aunque, a su juicio, el artículo 818 sólo se refiere a la colación propiamente dicha, verificada por los herederos forzosos que concurren a la sucesión del causante, entiende que otra institución, la reducción (736), exige, para que no se mermen por

(734) Vol. VI-II, págs. 952 y 953. Dice así: «A pesar de la poca feliz redacción de los términos en que se ha formulado el artículo 818 que a primera vista parecen indicar la regla *común* que ha de practicarse en *toda* operación testamentaria, cualquiera que sea la cualidad y condición jurídica de los partícipes, *integrando* el caudal líquido hereditario no sólo con el resultado que arroje el valor de los bienes que quedaran a la muerte del testador, sino adicionando o agregando el importe de lo *colacionable*, es lo cierto que esa apariencia de *generalidad* del precepto no puede entenderse así por diferentes y algunas decisivas razones...» «Así claramente lo expresa el propio texto del artículo 818 cuando comienza determinando el fin *especial* con que se ha de hacer la agregación, que resulta de la operación de *colacionar*, al valor líquido de los bienes, como reve'an sus primeras palabras al decir <para *fijar la legítima*>, es decir, para *esto* y no para otra cosa, y en provecho y aplicación exclusivas de herederos que acrediten derecho a la misma, esto es, de herederos *forzosos* y no de *voluntarios* y *legatarios*.»

(735) Vol. VI-III, pág. 2026.

(736) Vol. VI-III, pág. 2025 y ss. Comentando su tesis de que la colación propiamente dicha sólo se impone a los herederos forzosos entre sí, observa: «No quiere decir esto que los herederos voluntarios, parientes o extraños del testador, lo mismo en la sucesión testada que en la intestada, o los legatarios o donatarios sean de mejor condición que los forzosos, en cuanto que a estos se imponga la obligación de colacionar lo recibido en vida de aquél a título gratuito y a aquéllos no; en el primer caso quede a salvo la integridad de la legítima de los demás herederos forzosos que concurren a la sucesión del causante común y en el segundo no suceda lo mismo con la correspondiente a los que pudieran existir de esta clase enfrente de los legatarios o donata-

actos intervivos los derechos de los legitimarios, que hayan «de incorporarse o sumarse nominal o realmente en el exceso que cause ya perjuicio en las legítimas todas las cantidades o valor de los bienes que representen, lo primero para girar la cuenta de la partición como si dichas sumas figuraran en el cuerpo general de bienes existentes a la muerte del testador, a fin de que de la totalidad que aquéllos constituyan, sumados los que éste dejó y agregados numéricamente los que a la herencia se incorporan por aquel concepto, o sea del importe que todos arrojen, se deduzca en el tipo de proporción que la ley señala, la legítima correspondiente a los herederos forzosos, consiguiendo así el fin expresado de dejar a salvo su integridad, y si realmente no hubiera bienes bastantes para ello en los existentes en la herencia, entonces es cuando, revocándose los actos y disposiciones a título lucrativo, hechas en favor de otros herederos forzosos, voluntarios, legatarios o donatarios, en la parte precisa para completar dicha legítima, que sin ello se perjudicaría o no sería satisfecha íntegramente, habrá de traerse materialmente a *partición*» (737).

En resumen, creemos que la tesis de Sánchez Román puede concretarse determinando que existen tres cómputos legitimarios: 1), el que resulta del artículo 808, en relación con el § 1.º del artículo 818, que determina la legítima relicta frente a los herederos voluntarios y legatarios; 2), el resultante del § 2.º del artículo 818, que calcula la legítima respectiva de cada uno de los herederos forzosos entre sí, mediante la que dicho autor considera colación a la legítima estricta o a la mejora, y 3), el que dimana de los artículos 654, 656 y 819 y siguientes, que determinan la legítima a los solos efectos del ejercicio de la acción de reducción. Hay, pues, según esta tesis, una legítima relicta, que actúa como tope de la parte libremente disponible *mortis causa*; otra legítima, calculada sobre la suma del líquido relicto y las donaciones colacionables, que sólo regula la oficiosidad o la inoficiosidad de las donaciones hechas a los herederos forzosos a cuenta de la legítima o de la mejora, y otra legítima, que se calcula de la suma

rios por actos *inter vivos* o *mortis causa* y aun los que hubieran sido instituidos herederos con el carácter de voluntarios en la parte de libre disposición y se hallaran también en el caso de haber recibido en vida del testador donaciones de éste u ordenarse además legados en su favor por testamento.»

(737) «La diferencia entre uno y otro supuesto—prosigue SÁNCHEZ ROMÁN, loc. ult. cit., pág. 2026—, según que se realice sólo entre herederos forzosos, unos que hicieron en vida adquisiciones de bienes del causante a título lucrativo, mientras otros, no, o entre herederos forzosos y los que no lo sean, legatarios o donatarios, no está en el fin, que, según queda dicho, es dejar a salvo la integridad de la legítima de todo heredero forzoso, sino en los medios o instituciones jurídicas de diferente nomenclatura y regías de aplicación más que distintos de esencia y fines, pues para los primeros se aplica el modo de Derecho que se llama *colación*, de que ahora se trata, y para los segundos el que se denomina *reducción*.»

del líquido relicto y del total de lo donado, aplicable únicamente para el ejercicio de la acción de reducción por los herederos forzosos (738).

La crítica fundamental a esta tesis estriba en su desarmonía con las normas de la imputación de las donaciones específicamente otorgadas como anticipo de legítima. ¿Es que estas donaciones sólo se imputan para el cómputo de la legítima complementada que deba cubrirse por la acción de reducción? No creemos que sea así. Lo donado precisamente como anticipo de legítima deba limitar la porción relicta correspondiente al legitimario a quien fué otorgada y no sólo en el derecho a su complemento. Puede, por tanto, ampliar la porción relicta de libre disposición. Recordemos la vieja argumentación de Ayerve de Ayora: Si el padre pudiese en vida satisfacer íntegramente la legítima a sus hijos mediante donaciones—sin perjuicio de la irrenunciabilidad del derecho al posible suplemento—, resultaría anómalo que estos mismos hijos tuvieran derecho a una segunda legítima respecto los bienes que restaran al causante a su fallecimiento, y, además, sería de peor condición el padre que anticipó en vida la legítima a sus hijos, que el que nada les dió hasta la muerte.

Supongamos un padre que haya constituido dote obligatoria a todas sus hijas, con la posibilidad, a mayor abundamiento, de que posteriormente su fortuna haya disminuido (739), ¿deberá deducirse, pese a esto, al fallecer el dotante, el importe de los dos tercios íntegros de su haber relicto, como legítima de sus hijas, sin computar en ese haber ni imputar a la legítima de cada una de ellas, la dote que obligatoriamente le fué constituida a cuenta de su legítima pregunta? De ese modo, el legado de la parte de libre disposición hecho a la viuda no podría computarse integrando al líquido relicto el valor de aquellas dotes. Creemos que huelga responder cuán absurda resultaría esa solución, y ello constituye la réplica más rotunda a la opinión de Sánchez Román.

Por otra parte, el Código no ofrece ningún apoyo serio a la tesis de la triple computación de la legítima. Especialmente el examen conjunto de los artículos 818, 819 y 820, demuestra hasta la evidencia que las donaciones hechas a extraños deben ser computadas a todos los efectos. El artículo 820 comienza diciendo que:

(738) Notemos la analogía de esa tesis de SÁNCHEZ ROMÁN, no sólo con la de los clásicos GÓMEZ y MOLINA y con la de BENITO GUTIÉRREZ, LA SERNA y MONTALBÁN, sino con la modernamente defendida por CICU en Derecho italiano, antes expuesta. La diferencia básica estriba en la distinta concepción de la legítima relicta, romanista en nuestros autores y como reserva germánica por CICU.

(739) Medítese la pregunta formulada en el Senado por BOSCH y FUSTEGUERAS en su voto en contra del Código civil: «... ¿Qué resultará si la legítima presunta excede a la legítima efectiva?...» (Ver «Discusión parlamentaria del Código civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura 1888 a 1889». Madrid, 1891, pág. 33.)

«Fijada la legítima conforme a los dos artículos anteriores», con lo cual determina que el artículo 819, con el 818, es norma reguladora de dicha fijación. Ambos artículos deben, por lo tanto, interpretarse correlativamente. Y el artículo 819, precisamente, hace jugar lo donado a extraños imputándolo a la parte libre. Nada argüye en contra el artículo 808, si se interpreta sistemáticamente, relacionándolo con los demás citados. Su referencia a «las dos terceras partes del *haber hereditario*», debe entenderse latamente —sin olvidar la falta de precisión en la terminología técnica del Código civil— y en relación con los artículos 818, 819 y 820, que detallan el cómputo de la legítima.

β) Manresa, por su parte, es rotundo al interpretar el artículo 818 C. c.: «No están comprendidas—dice—en dicha disposición las donaciones hechas a extraños o las no colacionables, aunque sean inoficiosas; éstas se rigen por otras reglas. El valor total de las mismas, no pertenece a la herencia, ni puede distribuirse entre los herederos forzosos, como el de las colacionables, y, por consiguiente, no debe agregarse al de los bienes hereditarios (740).

«Si hay mandas o legados o donaciones a extraños —explica—, se liquidará en la forma ordinaria el caudal hereditario, comprendiendo solamente los bienes y derechos pertenecientes al testador, al tiempo de su muerte, con deducción de las deudas y demás obligaciones de ese caudal. *Del líquido que resulte se deducirá el tercio, de que el padre puede disponer libremente en todo caso, para pagar las mandas y legados del testamento, y que ha de servir de medida para apreciar si son o no inoficiosas las donaciones a extraños, y a los dos tercios restantes, que constituyen la legítima de los descendientes, se agregará el importe de las donaciones colacionables* por el valor que tenían al tiempo de hacerlas. La cantidad que resulte, sumando los dos tercios de legítimas y las donaciones colacionables, se repartirá por partes iguales entre los herederos forzosos, o en la proporción que les corresponda conforme a la ley y a la voluntad del testador» (741).

¿Cómo se aprecia si son o no inoficiosas las donaciones a extraños? Manresa las mide con la parte de libre disposición, calculada exclusivamente del líquido relicto. «Resulta, pues —a su juicio—, que cuando la sucesión corresponda a la línea recta descendiente, ..., las donaciones entre vivos hechas por éste a personas extrañas, *no pueden exceder del tercio de libre disposición, computado por el valor líquido de los bienes que hubiere dejado el padre al tiempo de su muerte, sin colacionar dichas donaciones ni agregarlas, bajo ninguna forma, a la masa hereditaria para liquidar la herencia.* Si las donaciones exceden de dicho tercio serán inoficiosas, cualquiera que fuese el caudal del donante al tiem-

(740) Vol. VI, art. 818, pag. 373.

(741) Vol. III, art. 1.035, pag. 553.

po de hacerlas, y deban reducirse en cuanto al exceso, observándose para la reducción lo que ordena el artículo 654» (742).

Las principales razones que esgrime Manresa a favor de su tesis pueden sintetizarse de la forma siguiente:

1.º Que «no hay disposición legal donde dar significado diferente a la palabra colacionable en el artículo 818 y en el 1.035». «Ni existe ni directamente se establece tal distinción en ningún artículo del Código» (743).

Claro que al argumentar así, olvida Manresa que el valor terminológico de las palabras no lo dan las leyes, sino la gramática o la doctrina jurídica, según se trate de una significación puramente gramatical o rigurosamente técnica, y que la palabra colación no tiene precisamente una significación unívoca. Anteriormente hemos comprobado repetidamente eso mismo. Por otra parte, el Código no es rigurosamente técnico en el uso de la terminología jurídica (744) y frecuentemente usa una misma palabra a veces con significado vulgar y otras en sentido jurídico estricto.

2.º Que, según el artículo 659, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por su muerte», y, conforme al 623, la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario y se consume con la entrega de la cosa donada cuyo dominio pasa desde aquel momento al donatario: «Luego los bienes de las donaciones entre vivos, sean o no colacionables, no están comprendidas en la herencia del donante» (745). «Los bienes de toda donación —ratifica, en su réplica a Morell (746) —pasan al dominio del donatario desde el momento en que éste la acepta, y el legislador, que así lo ha ordenado, no podrá incurrir en la irregularidad e inconsecuencia de considerarlos como propios del donante para incluirlos en su haber hereditario: por esto, dice que se agregarán al valor líquido de dicho haber, después de practicada dicha liquidación para fijar la legítima, ordenada anteriormente en el mismo artículo 818, y para cuyo fin, según él, ha de atenderse so-

(742) Vol. VII, art. 1.035, pág. 550. Con este mismo criterio, agrega en otro lugar (*Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, vol. XCIX, pág. 349), que las donaciones a extraños «no manda la ley que agreguen a la masa hereditaria ni que se tomen en cuenta para fijar la legítima ni la parte libre... sólo se ordena que se imputen a la parte libre. ¿Para qué? Para pagarlas hasta donde alcance esta parte, sino estuvieren satisfechas, o para compensarlas con ellas si las pagó en vida el donante. En el primer caso, si las donaciones exceden de la parte libre se reducen con sujeción a las reglas que establece el artículo 820, y en el segundo conforme a lo que ordena el artículo 656, sin que deba hacerse ni sea necesaria la agregación en ninguno de los dos casos.»

(743) R. G. L. J., vol. XCIX, págs. 343 a 345.

(744) Véase, por ejemplo, en estos Apuntes I, § 3 (An. Dr. Civ., IV-II, págs. 441 y sgts.), el uso que hace el Código civil de la expresión herederos forzosos.

(745) Vol. VII, art. 1.035, pág. 548.

(746) R. G. L. J., vol. XCIX, pág. 348.

lamente al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador. Es, pues, evidente que dicha agregación no ha de tomarse en cuenta para fijar la legítima ni la parte libre». Cosa que sigue juzgando evidente al relacionar el artículo 818 con el 808, ya que éste refiere la legítima y la parte disponible a cuotas «del haber hereditario» (747).

Pero, para valorar ese argumento de Manresa, debe preguntarse si el artículo 808 emplea realmente la expresión *haber hereditario* como equivalente riguroso de *herencia*. ¿No resulta de los artículos 818 á 820, que para el cómputo de las legítimas deben agregarse contablemente al líquido relicto el valor de las donaciones colacionables y que lo donado a extraños se imputa al tercio libre? Como dijo Morell (748), «conforme en que las donaciones, colacionables o no, no son la masa de bienes que existe en poder de ese causante a su fallecimiento ni son bienes ni son derechos que estén en esa masa. Pero prueba eso algo ¿... «Si las hechas en favor de herederos forzosos son agregables ficticiamente a la masa, las hechas a favor de extraños deben serlo también? ¿Lo son legalmente? Esta es la clave de la cuestión: volvemos al punto de partida. Las donaciones no están en la masa, pero las donaciones colacionables se agregan a la masa ¿cuáles son? Si ha de haber igualdad deben ser todas».

3.º Que, conforme al artículo 636, nadie puede dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento: «Luego el padre que deje descendientes, sólo puede dar por testamento a otras personas, el tercio líquido de los bienes que tenga al tiempo de su muerte, y, por consiguiente, serán inoficiosas las donaciones hechas a extraños en cuanto excedan de esa medida.» Y que, así «lo confirma el artículo 654 al ordenar que para apreciar si son o no inoficiosas las donaciones, se atenderá al valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, debiendo ser reducidas en cuanto al exceso, que en el caso antedicho será en cuanto excedan del tercio de dichos bienes, que es lo que puede dar por testamento el padre que tiene hijos legítimos» (749).

Pero es fácil replicar a este argumento. El artículo 819 ordena la imputación a la parte de libre disposición de lo donado a extraños;

(747) R. G. L. J., vol. cit., pag. 347. Dice así: «es evidente porque así lo ordena la ley, que para fijar la legítima de los herederos forzosos, y por consiguiente la parte de libre disposición, ha de atenderse solamente al valor líquido de los bienes que quedaren a la muerte del testador como de su propiedad, declarando así que estos bienes son los únicos que constituyen el haber hereditario, sin agregaciones de ninguna clase, y la cantidad que corresponda a cada parte servirá de tipo y medida para todos los efectos legales».

(748) JOSÉ MORELL Y TERRY, *Donaciones colacionables a los efectos de fijar la legítima*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. XCVIII (primer semestre 1901), pág. 300.

(749) Vol. VII, art. 1.035, pág. 549.

y como dice Serrano Bernard (750), «si el Código emplea la misma palabra imputar al referirse a las donaciones a herederos que a las hechas a extraños, y todos los supuestos del artículo 819 son consecuencia práctica de lo dispuesto en el 818, ¿por qué las primeras se suman y las últimas no? El tecnicismo es el mismo, y como el precepto legal no distingue, no es posible aplicar criterios distintos». Además, reflexiona el propio autor, «como imputar es atribuir, y para hacerlo es menester suponerlas incluídas en dicho tercio, sumadas a todo lo que en él ha de tener cabida, se llega al absurdo de declarar, sin querer, que están comprendidas en el tercio sin estarlo en el total. ¡Como si en la parte pudiera estar comprendido algo que no esté en el todo!» (751).

(750) F. SERRANO BERNARD, *Las donaciones a extraños son parte de la herencia al solo efecto de fijar la legítima*, en Rev. Gral. de Leg. y Jur., vol. 132 (primer semestre 1918), pág. 386.

(751) A esta observación conviene anotar que, como explica Roguín (op. citado), vol. IV, núms. 1.391 a 1.393, págs. 605 y sig.), las relaciones posibles entre la computación y la imputación de una misma donación, pueden presentar teóricamente las siguientes modalidades:

- 1.ª No computación ni imputación de lo donado.
- 2.ª Computación e imputación.
- 3.ª Computación sin imputación.
- 4.ª Imputación sin computación.

Según el propio Roguín, es fácilmente aceptable que haya computación sin imputación. Nada impide consagrar un sistema en el que las donaciones sean tomadas en cuenta para calcular las legítimas, sin obligar al legitimario a imputar a ellas la donación con que le favoreció el causante. Así ocurre, si no en general, por lo menos con respecto a ciertas donaciones, en varios sistemas legislativos.

En cambio, le parece anormal imputar a la legítima una liberalidad que no haya sido computada para determinar su montante. No obstante, observa que se trata de dos operaciones distintas y que, aun cuando este supuesto no se dé en ningún ordenamiento de la familia latina, excepcionalmente alguna legislación ha admitido ciertos supuestos de imputación a la legítima sin previa computación de la donación imputada.

Eso es lo que, sin duda, entiende MANRESA cuando dice (R. G. L. J., vol. XCIX, página 350): «Imputar no es lo mismo que agregar; se agregan al caudal de la legítima, como ordena la ley, sólo las donaciones *colacionables*, y por esa llevan y han llevado siempre este nombre...; y se imputan en la legítima del donatario, adjudicándosele en pago lo que recibió anticipadamente a cuenta de la legítima. Y respecto a las donaciones a extraños no manda la ley que se agreguen a la masa hereditaria, ni que se tomen en cuenta para fijar la legítima y la parte libre...; sólo ordena que se imputen a la parte libre.»

Notemos nosotros, que la imputación (sea a la legítima o a la parte libre) de una donación que no se ha computado, supone un absurdo contable y lógico. En realidad no puede hablarse en esos casos de imputación, sino acaso de *comparación* (como en el supuesto de que se permita a un extraño conservar, sin sufrir reducción, los bienes donados hasta un valor igual a la parte de libre disposición relicta, y sin que ésta pierda su carácter disponible—posición que PALACIOS RUVIÓS atribuyó, contra la comun opinión a la ley 28 de Toro, admitiendo que pudiera disponerse de un quinto por donación y otro por testamento—o de *desplazamiento* (en el caso de que lo donado, a un legitimario o a un extraño, hasta el montante respectivamente de la legítima o de la parte libre, calculadas con relación al caudal relicto, desplace de aquellas porciones la sustancia

Maura ha observado certeramente que el concepto de imputación que Manresa ofrece, cuando lo refiere a las donaciones a favor de extraños, plantea un dilema inevitable: lleva a una duplicidad de porción disponible, una inter vivos y otra mortis causa (*error en el cual, respecto al quinto* —podemos añadir nosotros—, *vimos caer a Palacios Ruvios*), si imputar significa medir por equivalencia, comparar para igualar; o bien, provoca una inexplicable indeterminación del destino de la parte relicta que hubiera sido de libre disposición sin la imputación a ella de lo donado, que la desplaza y despoja de su carácter disponible (*posición que sostiene Manresa*). He ahí las palabras del ilustre político y jurista (752): «Si no son traídos a la masa hereditaria y sumados con el valor de los bienes relictos al morir el causante, los valores que hubiere donado a extraños, de modo que la legítima se cuenta sobre la exclusiva adición del dicho caudal relicto más las donaciones hechas a los herederos forzosos, necesariamente un tercio de tal suma quedará en predicamento y calidad de libre disposición; lo cual conduce a la inoficiosidad de cumplir con este tercio las disposiciones mortis causa sin detraer el valor de lo donado en vida a extraños (753). Así dispondría el padre de este tercio más otro tanto por vía de donación, infringiendo categóricos y esenciales preceptos del Código (754). Y si para evitarlo, después de fijar por el dicho método la entidad de cada tercio, se imputaran al de libre disposición el valor de estas donaciones, de modo que sobre el remanente tan

relicta de modo que, en sus respectivos casos, deje de ser legítima o porción libre). Ese desplazamiento resultará, por esa mal llamada imputación, cuando lo donado ocupe contablemente el lugar de un valor relicto equivalente, derramándolo fuera de su correspondiente cuota; es decir, dejándolo extra parte, al pasar a ser considerado parte libre o legítima, inversamente a lo que sería sin el desplazamiento.

Ese desplazamiento, de la parte de libre disposición a la legítima, es lo que MANRESA ha sostenido que tiene lugar. De este modo, siempre que lo donado a un extraño equivaliera a la parte de libre disposición del caudal relicto, el importe de esta porción del haber relicto pasaría a ser legítima, con lo cual, evidentemente, una y otra parte, ya no guardarían la proporción legalmente fijada, ni con relación al caudal relicto ni con respecto al total contable formado con la suma de éste y las donaciones imputadas.

(752) ANTONIO MAURA, *Dictámenes*, t. IV (Madrid, 1930), Dict. núm. 4 de (13-II-1913), págs. 41 y ss.

(753) En ese error incurrió—como hemos visto anteriormente—ALVAREZ POSADILLA, que creyó justificar esa posición diciendo que a los extraños «ya se vió todos con cuidado en dar, y más en vida; y así no hay necesidad de ley que contenga abusos que no se advierten». (Op. cit., ley XXVII, pág. 162).

(754) Como dice MORELL (R. G. L. J. y vol. XCIX, pág. 323): «La suma de ambos legados y donaciones a extraños ha de caber en la única parte que puede existir de libre disposición y si todo no cabe a las donaciones no se les toca hasta que todos los legados desaparezcan por perjudicar a la legítima (art. 820, número 1). Lo contrario sería admitir dos partes libres, una en la masa aplicable a los legados nada más y otra de igual importe fuera de la masa, en la donación. Y parte libre sólo hay una.»

sólo tengan eficacia las mandas, resultará vacante la equivalencia de las donaciones mismas, fragmento del tercio libre (755).

Como dice Morell (756), el artículo 636 de probar algo probaría demasiado, «si el tercio no puede sufrir aumento, los otros dos tercios, parte del mismo todo, no pueden sufrirlo tampoco; si a estos se aumentasen algunas donaciones, ya no serían las dos terceras partes de los bienes existentes al fallecimiento del testador, sino más». «El artículo 636 lo que afirma con respecto al padre, es que, así como no puede dejar a extraños en testamento más que el tercio de sus bienes, tampoco puede donarles más que un tercio». Y «el artículo 654, ni trata de determinar cómo se fija la legítima y la parte libre, ni trata de mandar que no se tenga nunca en cuenta el importe de las donaciones... El objeto del artículo 654 es muy diferente. Hasta la muerte del causante no puede saberse si existen o no herederos forzosos; hasta la muerte del causante no se adquiere el derecho a la legítima; luego racionalmente es el momento a que hay que atender para saber si las donaciones hechas en vida fueron, o no inoficiosas... Esto es lo que afirma el artículo 654... Pero para ese cálculo no dice el artículo que se atienda solamente al valor líquido de los bienes del donante al tiempo de la muerte, sino que se *compute* o se tenga en cuenta ese valor y no el del total de los bienes del causante en la época de la donación».

c) La doctrina que predomina netamente considera que el con-

(755) El Notario Antonio Arenas (*La Colación en el Código Civil*, en «*Revista Dr. Priv.*», t. II—marzo 1915—, pág. 75), ofrece el siguiente ejemplo: «Un padre, al que sobreviven sus hijos, dona en vida a un extraño nueve; a su fallecimiento quedan en su poder bienes que valen tres, sin deudas ni cargas; con forme al criterio que parece desprenderse de la letra de los artículos 1.035 y 818 y que defienden los citados comentaristas, resultará que, como el donatario no es heredero forzoso, no tendrá obligación de colacionar, y, por ende, que como la donación no es colacionable, no hay que agregar los nueve a los tres para fijar la legítima; pero como quiera que la donación es a todas luces inoficiosa, ¿cómo y en cuánto la hemos de reducir? Confesamos que nosotros no sabemos pasar de aquí, y que no se nos ocurre qué habría de hacerse, porque si el caudal hereditario es tres, uno será la cantidad de libre disposición, y entonces, ¿al donatario sobran ocho? No, porque quedaría uno libre de disposición en su poder y uno de libre disposición en la herencia, que ya son dos, y aunque así no fuera, tampoco sabemos lo que habría de hacerse con esos ocho que devolviera el donatario, porque si se suman a los dos que tenemos de legítima y mejora, hacemos subir estos dos tercios a 10 y sería un verdadero absurdo; lo mismo resulta cuando la donación no es inoficiosa: cantidad donada a extraño, uno; caudal relicto, nueve; tercio de libre disposición, tres; hay que respetar la donación íntegramente, y entonces los tres de libre disposición, ¿pueden invertirse, por ejemplo, en legados? Resultará que entre ellos y la donación suman cuatro, y los dos tercios de legítima y mejora sólo seis; se ve que resulta en uno y otro caso la imposibilidad de encontrar una regla que dentro del cumplimiento del precepto fundamental del artículo 636 sirva para reducir ni respetar las donaciones; los comentarios citados del señor MANRESA sosteniendo la doctrina opuesta, ponen también un ejemplo parecido a los nuestros; pero con todo el respeto debido a su autoridad indiscutible, nos hemos de permitir observar que no lo desarrollan hasta deducir todas las consecuencias.»

(756) *I. oc. cit.*, págs. 301, 303 y ss.

cepto de la colación es distinto y más amplio en el artículo 818 que en el 1.035, como han sostenido Navarro Amandi (757), Morell y Terry (758), Serrano Bernard (759), Oyuelos (760), De Buen (761), Clemente de Diego (762), Bonet (763), Fuenmayor (764), Royo Martínez (765), Abelaira (765 bis), Roca Sastre (766) y Lacruz Berdejo (767); o bien, por lo menos, que el artículo 1.035 es una aplicación singular del concepto más amplio de colación, que han identificado con la síntesis de los de computación, imputación y reducción, como han opinado Falcón (768), Pérez Arda (769), Maura (770), Otero Valentín (771), Arenas (772) y Felicísimo de Castro (773).

Pocos meses después de la promulgación del Código civil, ya Navarro Amandi (774) observó: «Reacionando el artículo 1.036 con el 818, resultará una dificultad práctica de importancia. En efecto, si para fijar la legítima, se tienen en cuenta todas las donaciones, incluso aquellas que el donante hubiese prohibido cola-

(757) RAFAEL NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código Civil Reformado*. t. III, Madrid, 1890, art. 1.037, págs. 459 y ss.

(758) JOSÉ MORELL Y TERRY, *Donaciones colacionables a efectos de fijar la legítima*, en *Rev. Gral de Leg y Jur.*, vol. 98, primer semestre 1901, págs. 288 a 307, y vol. 99 (segundo semestre 1901), págs. 320 a 330; y *Colación especial exigida en el artículo 1.035 del Código civil*, en «*Rev. Gral. de Leg. y Jur.*», volumen 108 (primer semestre 1906), págs. 27 a 45 y 113 a 132.

(759) *Op. y loc. cit.*, págs. 385 a 390.

(760) RICARDO OYUELOS, *Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español*, t. IV, Madrid, 1921, libro III, tit. III, cap. II, sec. V, núm. 17, pág. 42 y ss. y cap. VI, sec. I, núm. 2, pág. 335.

(761) DEMÓFILO DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho Civil de Común y Capítan*, t. VIII, Madrid, 1928, págs. 340 y 423 y ss.

(762) FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, t. III, Madrid, 1932, págs. 393 y ss.

(763) FRANCISCO BONET RAMÓN, t. II del *Derecho Civil Común y Foral, de DE BUEN y BONET*, Madrid, 1940, pág. 608.

(764) AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN, *Estirpe única y representación hereditaria* en «*Estudios jurídicos*», año II, octubre 1942, núm. IV, fasc. 2 de *Derecho Privado*, págs. 55 a 63.

(765) MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio, mortis causa*. Sevilla, 1951, págs. 239 *in fine* y ss. y 355 y ss.

(765 bis) A. ABELAJRA LÓPEZ, *La fijación de la legítima en el Derecho español*, en «*Foro gallego*», núm. 57-58 (marzo-abril 1949), págs. 83 y ss., especialmente págs. 100 y 101.

(766) RAMÓN MARIA ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de Sucesiones*, de Theodor Kipp, vol. II, Barcelona, 1951, § 131, I, págs. 295 y ss.

(767) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Notas al Derecho de Sucesiones de Julius Binder*. Barcelona, 1953, § 33, pág. 306.

(768) MODESTO FALCÓN, *Exposición Doctrinal del Derecho Civil Español Común y Foral*, 5.ª ed., Barcelona, 1953, t. III, pág. 239.

(769) ENRIQUE PÉREZ ARDA, *El problema de la colación*. «*Rev. Gral. de Leg. y Jur.*», tomo 109, 2.º semestre 1966, págs. 217 a 226.

(770) *Op. vol. y dict. cit.*, págs. 33 a 45.

(771) JULIO OTERO Y VALENTÍN, *Anticipos de legítima*. Valladolid, 1914, páginas 113 y ss.

(772) *Loc. cit.*, págs. 75 a 77.

(773) *Derecho civil*. Madrid, 1928, t. II, págs. 361 y ss.

(774) *Loc. ult. cit.*

cionar y las hechas en favor del que renunció a la herencia, como unas y otras no son colacionables, conforme al artículo 1.036, se infringe el 818, según el cual para fijar la legítima no se toman en cuenta más que las donaciones colacionables, si, por el contrario, se prescinde de las donaciones no colacionables, se cumple rigurosamente el artículo 818, pero se infringe la regla de que nadie puede disponer en perjuicio de sus herederos forzosos en vida o en muerte, más que de la parte de libre disposición, ni en calidad de mejora, sino del tercio de todos sus bienes».

Su solución fué ésta: «Para que la legítima salga ileśa de la liquidación de la herencia, es preciso, no sólo tener en cuenta el valor de los bienes hereditarios, sino también todas las donaciones hechas a los herederos forzosos, háyanlas o no de colacionar, y además, las otras donaciones hechas a extraños, sean o no inoficiosas. Y esto creemos que habrá de practicarse, a pesar del texto del artículo 818, si no se quiere dejar abierta la puerta para la más categórica infracción de la ley y de los principios en que se inspira».

Esa incoherencia en el uso de la palabra *colación* fué explicada por Morell, en razón de que el Código civil aplica esta palabra en un doble sentido: «Los artículos 818 y 1.035 tratan de cosas distintas, por lo que no es raro que la palabra colacionar tenga diferente alcance en el uno que en el otro, sin que deje de emplearse en ambos con propiedad» (775). Hay un concepto de colación que corresponde al de reunión ficticia o computación para cálculo de la legítima y de la porción libre, que recoge el artículo 818, y otro concepto especialísimo y estricto de colación, basado en la presunta voluntad del causante, aplicable exclusivamente en las relaciones de los herederos forzosos entre sí, regulado en los artículos 1.035 y sigs. (776).

No se alegue —previene Morell (777)— «que si todas las donaciones se han de agregar, sobra la palabra *colacionables* (del artículo 818), y aún sin ella se entendería mejor el precepto. No sobra porque deban agregarse lo mismo las donaciones a herederos forzosos que las donaciones a extraños, no se deduce que todas las donaciones, cualquiera que sea su naturaleza, objeto y fin, son agregables». Y, en prueba de ello, cita Morell varias donaciones que conceptúa no computables, de las que nos ocuparemos luego. Eso puede explicar perfectamente porque el § 2.º del artículo 818 dice «todas las donaciones colacionables» y no simplemente «todas las donaciones», como rezaba el § 2.º del artículo 648 del Proyecto de 1851.

Esta opinión de Morell ha sido aceptada por De Buen (778).

(775) R. G. L. J., vol. XCVIII, pág. 300.

(776) R. G. L. J., vol. CVIII, págs. 27 y ss.

(777) R. G. L. J., vol. XCIX, pág. 326 y págs. 423 in fine y ss.

(778) Op. y vol. cit., pág. 340.

De Diego (779), Fuenmayor (780), Royo (781), Roca Sastre (782) y Lacruz Berdejo (783).

Falcón, en cambio, partió de la unidad del concepto de colación, que estimaba equivalente al de computación o reunión ficticia para fijar la legítima y la parte libre, y del cual consideró que la regulación de los artículos 1.035 y sigs. es una aplicación concreta para la liquidación de legítimas y mejoras. Por eso, a su juicio, hay una «importantísima novedad que introduce el Código sobre este extremo. Hasta ahora la obligación de colacionar pesaba exclusivamente sobre los herederos legítimos. El Código hace ahora extensiva esa obligación a los extraños, mandándoles que se imputen en la parte de libre disposición las donaciones, y que se reduzcan en lo que fueren inoficiosas y excedan de esa parte» (784). Maura (785), Otero Valentín (786) y Felicísimo de Castro (787) parece que fueron en lo substancial de esa segunda opinión.

La argumentación básica para defender la computación unitaria, con el líquido relicto, tanto de lo donado a legitimarios, con o sin carácter colacionable, como de lo donado a extraños, así para calcular el tercio de legítima, como el de mejora y el de libre disposición, pueden centrarse en los dos siguientes:

1.º Los artículos 808 y 818 del Código civil deben interpretarse en recíproca conexión. El primero determina las cuotas que constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos, la disponible como mejora y la de libre disposición, el segundo explica el modo de determinar el montante de una de esas cuotas. Aquél señala una proporción, ésta el modo de calcular la base a la que hay que aplicar tal proporción. Por eso Morell (788), fijándose en que el artículo 808 dice que constituyen la legítima «*las dos terceras partes del haber hereditario*» y que «*la tercera parte restante será de libre disposición*», comenta: «Se ve también que entre una y otra porción integran el haber hereditario, sin que fuera de él haya otra legítima ni otra parte libre. ¿Cuál es el haber hereditario de los padres o de los hijos? ¿Es solamente el importe de los

(779) Op. y vol. cit., pág. 393.

(780) Loc. cit., págs. 60 y ss.

(781) Op. cit., pág. 355.

(782) Op. y vol. cit., pág. 296.

(783) Op. cit., pág. 306.

(784) Op. y vol. cit., pág. 239.

(785) Loc. y dict. cit., pág. 818, donde habla de los dos distintos oficios de la colación (es decir, no de dos especies de colación, sino de dos funciones de la colación), a saber: «medio de evitar que sean traspasados los límites legales del reparto entre herederos forzosos en la porción legítima de la herencia», y medio de preservar «el límite entre esta porción y la libre».

(786) Op. cit., pág. 113 in fine y ss., dice: «Conviene distinguir para la más acertada inteligencia de los preceptos legales referentes a la colación de las donaciones, las que deben traerse a la partición para computarlas en la legítima, y las que deben comprenderse en la masa para saber si son inoficiosas o no, y para computarlas en su caso, en el tercio libre o en el de mejora.»

(787) Op. y vol. cit., págs. 361 y ss.

(788) R. G. L. J., vol. XCIX, págs. 230 y ss.

bienes que conservan en su poder a su fallecimiento? Si lo fuera, ya lo he dicho antes, las donaciones nunca serán inoficiosas; pero los artículos 808 y 809 no declaran tal cosa: hablan en términos generales. Para ellos la herencia es la suma del activo del caudal, deducido del pasivo, y agregadas después las donaciones, porque hay un artículo en el Código, el artículo 818, que es el que establece la manera de formar esa masa o haber hereditario de los hijos o de los padres para fijar lo que es la legítima y lo que es la parte libre».

De esa proporcionalidad de cuotas en que se descompone la totalidad que juntas integran, deduce Maura (789) «la natural imposibilidad de separar y someter a diverso régimen la fijación o liquidación de la herencia forzosa y del tercio libre, consistiendo la legítima y también esa parte libre en partes *alícuotas* del haber hereditario, según el artículo 808, recíprocamente se definen en conexión insoluble: tanto monta fijar el tercio libre, como el de mejora o el de legítima rigurosa; no serían tales tercios en quebrantándose su igualdad. Esta se rompe contra los fundamentales preceptos, con el sistema de liquidar las legítimas sin haber tenido en cuenta las donaciones hechas a extraños y repartir por añadidura la inoficiosa demasía».

Por eso, como concluye De Buen (790): «las operaciones de valoración y aritméticas que en la citada disposición (*es decir, en el artículo 818*) se ordenan <para fijar la legítima>, sirven también para determinar la parte de libre disposición. Entre la parte de libre disposición y la legítima existe siempre una correlación (como revelan también los artículos 808 y 809 antes citados) que no se daría si se calculasen sobre una base distinta» (791).

2.º El artículo 818, § 2.º, debe interpretarse en relación con los siguientes artículos 819, 820 y 825, porque según expresó certeramente Serrano Bernard (792), «como imputar es atribuir, para hacerlo es menester suponerlas incluídas (*las donaciones a extraños*) en dicho tercio (*el de libre disposición*), sumadas a todo lo que en él ha de tener cabida», y sería absurdo declarar que «están comprendidas en el tercio sin estarlo en el todo».

Siendo así, es lógico concluir con Royo Martínez (793), que: «A consecuencia de las referidas imputaciones resultará incrementada la cifra expresiva del valor de uno o varios de los apartados correspondientes: tercios de legítima estricta, de mejora y de libre disposición, si se trata de herencia con legitimarios descendien-

(789) Op. vol. y dict. cit., pág. 35.

(790) Op. y vol. cit., pág. 340.

(791) ARENAS, loc. cit., pág. 77—con la imprecisión de denominar colación a la computación—se inclina por entender que el extraño a quien el testador deje el tercio libre tiene derecho a que para su cálculo se agregue lo donado al hijo, aunque sea único.

(792) Op. cit., R. G. L. J., vol. CXXXII, pág. 386.

(793) Loc. cit., págs. 239 y ss.

tes legítimos...»). «Alteraciones que pueden dar lugar al correspondiente reajuste» (794).

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de mayo de 1899, basándose precisamente en el artículo 819, entendió el artículo 818 en el sentido de que lo donado a extraños también se colaciona para cálculo y salvaguardia de la legítima, cargándose a la cuota hereditaria de libre disposición (795). En la de 16 de ju-

(794) Observemos que ROYO MARTÍNEZ, pág. 240, divide simétricamente el haber relicto líquido en tres partes iguales (como SÁNCHEZ ROMÁN y como MANRESA) y que va agregando las donaciones a cada uno de esos tercios según corresponda a su destino. Ello puede dar lugar a un nuevo reajuste, hecha la agregación; si no se mantiene la proporción entre los valores de las respectivas cuotas. Esa forma de computación supone un cálculo de las cuotas relictas, una agregación posterior de lo donado a sus respectivas cuentas, y una nueva comparación y reajuste en su caso de los resultados de esas agregaciones. Ahora bien, ese reajuste, ¿se limita al caso de que las porciones destinadas a mejora o de libre disposición sean las que arrojen exceso de valor con respecto a la de legítima?, o bien, ¿debe tener lugar incluso cuando la desproporción inclina su exceso a favor de la legítima? Royo no habla de esa última posibilidad.

Lo cierto es que si sólo acepta el primer reajuste el resultado obtenido computado con su sistema, diferirá de la computación que se realice formando una masa única con lo relicto y lo donado. Un ejemplo aclarará lo que decimos:

El caudal relicto suma 300 y lo donado otros 300; de esas donaciones, un valor de 150 se ha otorgado con carácter imputable a la legítima, no como mejora, y 50 a una entidad benéfica, con cargo a la parte libre. El testador legó la porción disponible de su haber a su esposa y designó herederos a sus hijos por partes iguales.

Formando una sola masa de *relictum* y *donatum* obtendremos este resultado: masa de cálculo = 600; tercio de legítima estricta, 200, a cuya cuenta se imputarán los 150 donados; tercio de mejora, 200, al que se imputarán la mejora efectiva de 100, y quedarán otros 100 que se acumularán a la legítima; tercio libre 200, de los que, deducido lo donado a la entidad benéfica, el resto, o sea 150, corresponderán a la viuda del causante.

Contabilizadas las cuotas únicamente con relación a lo relicto y agregando a cada una de ellas las donaciones que respectivamente deben imputárseles (de acuerdo con el gráfico que publica de Royo), resultará: Porción de legítima estricta: $100 + 150 = 250$; porción de mejora $100 + 100 = 200$, de las que sólo 100 serán mejora efectiva y las otras 100 engrosarán la legítima; porción libre $100 + 50 = 150$, de las que, deducido lo donado al ente benéfico, quedarán 100 para la viuda. Si se estima que mientras no haya lesión de ninguna legítima no es necesario equilibrar las tres porciones, se mantendrá ese mismo resultado que no difiere del que se lograría con la tesis de SÁNCHEZ ROMÁN.

Claro que esta segunda solución pugna con el primer argumento esgrimido en el texto a favor de la tesis de cuya defensa fué adalid MORELL. Es decir, choca contra la igualdad de las tres porciones: legítima estricta, destinada a mejora y de libre disposición. Por ello, creemos que si no resulta que fué otra la voluntad del causante (debidamente interpretada), debe verificarse la computación unitaria sobre la suma del líquido relicto y de lo donado, idealmente acumulado.

(795) Dice así uno de los Considerandos de esta sentencia de 4 de mayo de 1889: «El derecho de los herederos forzosos a que se cuente como parte de la herencia de su causante, imputable a la cuota hereditaria de libre disposición, el valor de las donaciones hechas por el mismo a personas extrañas, expresamente declarado en los artículos 818 y 819, lo estaba ya virtualmente en la legislación anterior, puesto que prohibidas las donaciones inoficiosas, o sea las hechas con perjuicio de la legítima debida a los herederos forzosos, que había de quedar a salvo aún para después de la muerte de la donante, preciso era computar

nio de 1902, apoyándose en el artículo 1.036, distingue la colación a que se refiere el artículo 1.035 y la colación de las demás donaciones, que también deben incluirse en el inventario o cuerpo general de bienes, para imputarlas donde corresponda (796). Pero esta segunda Sentencia, a la que corresponden en la Doctrina las opiniones de Falcón, Pérez Arda, Maura y Otero Valentín, involucra en sus considerandos —aunque sin repercusión directa en el fallo— la colación propiamente dicha con la imputación a las legítimas y asigna el sentido lato de la palabra colación a la imputación verificada a las cuotas disponibles.

En cambio, no puede oponerse objeción alguna a los párrafos de la Memoria Anual del Tribunal Supremo de 1902, en los que certeramente se determina la distinta esfera de acción de los artículos 818 y 1.035, en los términos que a continuación transcribimos:

«Basta con la lectura atenta de los mismos para comprender que la palabra colación la ha empleado el legislador en dos conceptos distintos: y por esto es por lo que, sin determinarlos bien, no es posible comprender el alcance y trascendencia de las disposiciones que aquéllos contienen, induciendo a fácil error o confusión; uno el de aportación a la masa hereditaria de lo que el here-

el importe de lo donado, cargándole a la cuota hereditaria de libre disposición, para que a su vez quedara a salvo la cuota destinada a legítima; siguiéndose de ello que la circunstancia de haberse fundado y dotado por la causante el Asilo de la Santa Espina, bajo el imperio de la antigua legislación, no se opone a que el valor de esa liberalidad se colacione a su herencia, y que al estimar lo contrario se infringe el nominado artículo 819, cuya disposición es aplicable al caso presente, conforme a lo dispuesto en la duodécima de las disposiciones transitorias del Código civil.»

(796) He ahí de la doctrina de la Sentencia de 16 de junio de 1902 que ahora nos interesa examinar:

«Conviene distinguir para la más acertada inteligencia de los preceptos legales referentes a la colación de las donaciones, las que deben traerse a la partición para computarlas en la legítima, y las que deben comprenderse en la masa, para saber si son inoficiosas o no, y para computarlas, en su caso, en el tercio libre o en la mejora, lo que sólo puede tener efecto cuando el donante, por modo expreso, manifieste así su voluntad, en obsequio al principio de la libertad de testar condicionado por las legítimas.»

«Empleada la palabra colación por el artículo 1.035 del Código civil en el primer sentido, según su texto mismo lo revela, de acuerdo con el origen histórico y fundamento filosófico de esta institución, que consiste en mantener la igualdad entre los hijos en la sucesión de sus padres y abuelos, es lógico inferir que cuando en el artículo siguiente se establece que la colación no tendrá lugar si el donante así lo dispusiere, salvo el caso de inoficiosidad; lo que se ha querido decir es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima; pero no que se prescindiera de ellas en el Inventario o Cuerpo General de Hacienda para imputarlas donde corresponda, no sólo por la consideración expuesta, sino también para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades; a la manera que no se omiten, sin duda alguna, cuando al hacerlas el causante por contrato o por acto de última voluntad indica expresamente su propósito de mejorar, a tenor de los artículos 825 y 828, no obstante determinarse en el 1.037, que no se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, siempre bajo la reserva del respeto debido a la legítima.»

dero forzoso haya recibido en vida del testador o tenga que recibir por testamento; otro, el de su computación, o sea el destino que haya de darse a los bienes colacionables; si la no colación significa exclusión de tales bienes de la masa hereditaria, para que de ellos no se hiciera aprecio alguno en unas particiones, ¿cómo había de salvarse el principio de la integridad de la legítima reconocido en los antedichos artículos 1.035 y 1.037? ¿Sobre qué base, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de la inoficiosidad de lo donado?» «No; no es posible salvar el mencionado principio sin traer á la cuenta de las particiones todo lo que con relación a las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo a las mismas, ya a la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición».

Con lo expuesto, sobran elementos de juicio para opinar y razones para apoyar la tesis de Morell, De Buen, Clemente de Diego, Roca Sastre, Lacruz Berdejo, etc., que recogen el criterio que García Goyena hizo triunfar en el artículo 648, § 2.º del Proyecto del Código civil de 1851, y, en sus resultados, siguen las viejas opiniones de Tello Fernández, Ayerve de Ayora y Llamas y Molina. Ahora bien, el estudio que anteriormente hemos realizado para captar la interpretación de la ley 25 de Toro, según los autores clásicos castellanos, puede ofrecernos más amplios horizontes y una más elevada visión del tema que ahora se discute.

El criterio interpretativo de la ley de Toro, que hemos juzgado más racional y que seguramente reunió el mayor número de opiniones favorables entre los autores de los siglos XVI y XVII —Rodrigo Suárez, Matienzo, Angulo, Juan Gutiérrez, Valázquez de Avendaño— y que todavía late en la obra de Febrero, hasta sus últimas ediciones revisadas en el siglo pasado, fué aquél según el cual se estimó que la ley 25 de Toro no se hallaba en el ámbito de la potestad del causante —como limitación suya—, sino en el de su presunta voluntad. De ese modo, vimos que podían coexistir dos masas de cálculo tanto del tercio y como del quinto. La masa *de cálculo posible* y la *del cálculo que, por presunción legal, se entendió que correspondía a la voluntad concreta del causante, si éste no expresó otra cosa*. La masa de cálculo posible se determinaba computando junto al líquido relicto la totalidad de lo donado (exceptuadas las liberalidades objetivamente no computables). La masa de cálculo a la que se presumía que el causante se refería al disponer cuotativamente del tercio o del quinto, si el propio causante no desmentía dicha presunción no comprendía las dotes y donaciones que hubieran salido de su patrimonio antes de ser efectiva la atribución del tercio o del quinto.

Con la promulgación del Código civil quedó derogada formal y sustantivamente la ley 25 de Toro, tanto en cuanto a su texto como a su contenido. Ha desaparecido, por tanto, la presunción establecida en ella para la determinación de la masa de cálculo de las atribuciones de cuota hechas por el testador como mejora o a

favor de extraños. Pero el problema de la interpretación de su voluntad real queda en pie, en su exacto medio, sin el influjo de presunción *iuris tantum* alguna (797).

Por lo tanto, el *tercio de mejora* y el *tercio de libre disposición*, lo mismo que el de legítima estricta, abarcan la tercera parte de la suma del líquido y lo donado por el causante, *pero la mejora de un tercio o el legado del de libre disposición* pueden ser referidos por el causante exclusivamente al líquido relicto (798).

La interpretación no siempre será fácil, y creemos que en caso de duda, no habiéndose recogido en el Código la doctrina de la ley 25 de Toro, deberá tomarse como masa de cálculo la total suma de lo relicto y lo donado. La principal dificultad interpretativa depende, sin duda, de la imprecisión terminológica con que se usan ciertas expresiones, como «el tercio de mis bienes», «la tercera parte de mi herencia», etc. No obstante, hay casos que, a nuestro juicio, son claros; v. gr.: cuando el testador dispone «*que deja la tercera (o la enésima) parte de los bienes que tenga a su fallecimiento*» es evidente que sólo se refiere al tercio de su caudal relicto líquido; mientras que si dispone de «*toda la parte de libre disposición*» (y casi siempre cuando alude genéricamente al tercio de libre disposición) se refiere a la totalidad de su cómputo posible, es decir, a la masa base formada con la suma del líquido relicto y de todas las donaciones realizadas por el causante.

B) *Liberalidades no computables.*

Hemos visto que por razón del sujeto beneficiario de la donación —es decir, del donatario— todas las donaciones son computables para calcular cualesquiera de las cuotas del haber partible. Ahora se trata de ver si por razón de su objeto o su fin también son computables todas las donaciones. El Derecho histórico, en este terreno, nos ha relatado las interesantes polémicas de los autores respecto la computación o no de lo donado *minutatim* y de

(797) NAVARRO AMANDA, op. y vol. cit., art. 825, pág. 323, al año siguiente de la promulgación del Código civil, replanteó esta cuestión: «Podrá pretenderse que pues el testador le mejoró en el tercio de sus bienes, aludió a los que él tenía y poseía en la época de su fallecimiento, es decir, no a los noventa que formaba el caudal hereditario con la colación, sino a los setenta únicos que poseía el testador, pues los veinte salieron de su propiedad en virtud de la donación.»

(798) En estos supuestos la computación presentará dos facetas: la primera tendrá por fin fijar, en principio, el importe del legado de cuota hecho con cargo al tercio de mejora o al de libre disposición, con referencia exclusivamente al caudal relicto líquido. La segunda, que presentará un carácter corrector o rectificador, supondrá la agregación a cada tercio del haber relicto de las donaciones que a su correspondiente porción deban imputarse (conforme la explicación gráficamente expuesta por ROYO, anteriormente comentada), y si lo dispuesto a favor a extraños, por donación o por legado, excede de un tercio del total, o lo dispuesto en igual forma a favor de alguno o algunos de los hijos excede del tercio de mejora, de la parte no dispuesta del de libre disposición y de la legítima individual del beneficiado, deberá procederse a la reducción, primero de las disposiciones *mortis causa*, y después de las donaciones *inter vivos*, en la forma determinada por el artículo 820 C. c.

las donaciones remuneratorias, así como la determinación del carácter no computable de lo gastado por el padre en concepto de alimentos de sus hijos y por gastos de educación y carrera de éstos si hubiese sido proporcionado a la posición de la familia.

Después del Código civil, y dada la confusión con que el Código civil entrecruza la computación, o reunión ficticia, y la colación, no aparece clara la determinación de las donaciones no computables.

Según Morell (799), no lo son las donaciones *mortis causa*, las con causa onerosa ni las remuneratorias en lo que compensen el gravamen o servicio, las donaciones de frutos, rentas o intereses, ni lo dado en alimentos a los herederos forzosos, aprendizaje, curación de enfermedades, etc.

Fuenmayor (800) ha discrepado ligerísimamente de la anterior opinión, en cuanto cree que «el Código para nada distingue entre bienes y frutos, intereses y rentas y sería absurdo que debiera contarse en la masa hereditaria la donación que comprendiese una pequeña parte del patrimonio y se dispensara de la reunión ficticia a la donación cuantiosa realizada con intereses o rentas». Y, además, entiende que los gastos que el padre hubiese hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística, «no se agregarán a la masa si el padre nada dispuso, pero que deberán tomarse en cuenta si así fuera su voluntad».

Para Roca Sastre (801) «una interpretación adecuada del artículo 818, apartado 2, permite excluir (del cómputo de las legítimas) el importe de los gastos a que se refiere el artículo 1.041».

Y, en opinión de Lacruz Berdejo (802), no serán objeto de reunión «los regalos de uso, los gastos señalados en los artículos 1.041 y —pese a la doctrina dominante— 1.042, lo pagado para cumplir un deber moral o social (art. 1.091 C. c.), etc.», y «son parcialmente reunibles—en igual cuantía que son colacionables— las donaciones remuneratorias y *sub modo*».

Creemos que la cuestión merece ser estudiada más detenidamente, discriminando las distintas liberalidades que respecto su computación suscitan dudas.

a) *Donaciones remuneratorias*.—La naturaleza atribuida a esas donaciones dogmáticamente es decisiva para los autores a efectos de determinar la cuestión que tratamos (803). Hemos visto

(799) R. G. L. J., vol. XCIX, pág. 326.

(800) Loc. últ. cit., págs. LXII y ss., notas 112 y 106

(801) Op. y vol. cit., § 136, 1.º, pág. 346.

(802) Op. cit., § 33, pág. 306.

(803) Sobre la naturaleza de la donación remuneratoria, son especialmente interesantes en la doctrina española los siguientes trabajos: EDUARDO LÓPEZ PALOP, *La donación remuneratoria y el artículo 622 de nuestro Código civil*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. III, págs. 9 y ss.; RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *Pago de lo indebido sin error*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. 179, primer semestre 1936, pág. 151 y ss.; y RAMÓN ROCA SASTRE, *La donación remuneratoria*, «Rev. Dr. Priv.», vol. XXXI, noviembre 1947, páginas 823 y ss.

que entre los clásicos castellanos Palacios Ruvios, Segura, Diego Castillo y el jesuita Luis de Molina, las excluyen de computación; Covarrubias las computaba para imputarlas a quinto y tercio; mientras que García Saavedra, por considerarlas entre las *ob causam*, las juzgó incluidas en la ley 29 de Toro, es decir, colacionables, por lo que de no haber lugar a la colación puede colegirse que las estimaría computables, e imputables sucesivamente a la legítima quinto y tercio, de haberse hecho a favor de descendientes, o sólo al quinto, si se otorgaron a extraños. También se ha visto que Morató, ya en el siglo pasado, señaló que no eran computables en la cuantía del servicio remunerado.

El Código civil, en su artículo 622 —siguiendo al parecer esta última opinión—, determina que se regirán «las (*donaciones*) remuneratorias por las disposiciones del presente título («*De la donación*») en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto». La poco feliz expresión del precepto —ya que no puede hablarse de *gravamen impuesto* en la donación remuneratoria ha dado lugar a las más diversas interpretaciones (804).

Manresa (805) y López Palop (806) han sido de los pocos autores que han defendido la posición del legislador. Roca Sastre (807) aun criticándola, la reconoce de ineludible vigencia. Aplicándola la donación remuneratoria será computable en cuanto exceda del valor del servicio remunerado. Otros autores, en cambio, creen unitariamente aplicables las normas de los contratos (808) o de las donaciones (809).

(804) Incluso algunos autores han estimado que el artículo 822 contiene un error material. Así ISÁBAL, *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, t. XII, Barcelona, 1910, págs. 638; JOSÉ ALGUER y BLAS PÉREZ, notas al *Derecho de Obligaciones*, de «Enneccerus», vol. II, Barcelona, 1944, § 124, pág. 129, creen que sobran las palabras *las remuneratorias*, de modo que el artículo 622 se referiría exclusivamente a las donaciones onerosas. MANUEL AMORÓS GOZÁLBEZ, *La donación remuneratoria y las con carga en el Código civil*, en «Curso de Conferencias 1945», en el Colegio Notarial de Valencia, págs. 200 y ss., opina que en dicho precepto se han invertido equivocadamente los términos correspondiendo a la donación onerosa, lo que se dice para las remuneratorias y viceversa.

(805) Op. cit. vol. V, 6.ª ed., Madrid, 1932, págs. 88 y ss.

(806) Loc. cit. pág. 57 in fine y ss., especialmente.

(807) Cree, loc. ult. cit., pág. 841, que la disección de una parte onerosa y otra liberal es inaceptable en la donación remuneratoria cuando los servicios prestados reúnan la doble condición de ser inestimables y exentos de toda idea de profesionalidad. No obstante, pág. 842, reconoce que el artículo 622 es totalmente explícito.

Por lo que se refiere a las legislaciones forales estima ROCA que la remuneratoria «es donación y que se rige por las reglas de la donación ordinaria, salvo en los casos específicos en que la condición de remuneratoria imprima una norma especial», y entre esas normas especiales sitúa las de la reducción que no cree aplicables a esa donación (págs. 843 y ss.). Pero, ¿quiere decir con esto solamente que no son reducibles? ¿Presupone también su no computación?

(808) Ver AMORÓS, loc. cit., págs. 223 y ss., que afirma, algo confusamente, «porque el acto es regulable para el donante por las normas de lo oneroso, y porque la acción procede contra el donatario, y para éste el acto es lucrativo, no debe ser aplicable dicha limitación (la prohibición del art. 636), sino sólo las

Puede plantearse separadamente si la donación remuneratoria es computable total o parcialmente o no lo es en absoluto, si es imputable, reducible y colacionable. Si no se la considera computable tampoco será imputable ni reducible. Pero puede estimarse computable y no reducible, de modo que sirva contablemente para calcular el montante de las legítimas, pero sin sufrir reducción en caso alguno.

A juicio nuestro, con el artículo 622 en la mano, a pesar de su defectuosa redacción y de sus deficiencias técnicas, la tesis de Manresa y López Palop es la más ajustada al texto legal. Como han dicho Morell, Fuenmayor y Lacruz, el plus valor donado debe ser computado. Claro que, tratándose de servicios no profesionales ni valorables, la aplicación práctica de esa solución será casi imposible. En todo caso, corresponderá al legitimario reclamante probar el plus valor que la donación tuvo con respecto al servicio remunerado, ya que sólo en cuanto a ese exceso se las somete a las normas del Título de las donaciones.

b) *Donaciones onerosas y modales*.—El artículo 622 del Código civil comienza afirmando que: «Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos.» Esta regla fué aceptada sin distingos ni salvedades por Manresa (810). Pero la mayor parte de la doctrina —Scaevola (811), Isábal (812), Blas Pérez y José Alguer (813), López Palop (814), Amorós (815)— cree que sólo es aplicable a las donaciones impropias que impongan un gravamen equivalente al valor donado, pero que en los casos en que el valor de lo donado exceda del que tenga la carga o el modo impuesto, deben aplicarse a dicho exceso las reglas de las donaciones. Castán (816), sigue este último criterio, pero limitándolo a las aplicaciones que permitan el indicado desdoblamiento de la parte lucrativa y la parte onerosa del acto.

Aceptando esa común interpretación de la doctrina no cabe duda de que las donaciones onerosas y las *sub modo* únicamente son computables en lo que exceda su valor del gravamen o *modus* impuesto.

aplicables a las donaciones onerosas: las derivadas del régimen de legítimas..., las que puedan afectar a los acreedores por fraude...»

(809) ISÁBAL, loc. cit., págs. 646 y ss.; CASTÁN, op. cit., t. II, pág. 26 y PÉREZ y ALGUER, op. vol., y § últ. cit., pág. 129; MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., volumen XI, II, 5.ª ed. revisada por Ortega Lorca. Madrid, 1943 págs. 595 y ss.

En la última edición de su obra, 7.ª ed., t. IV, Madrid, 1952, pág. 209, se inclina CASTÁN por aceptar la diferenciación, cuando sea posible el desdoblamiento de la parte gratuita y la onerosa, y por aplicar en lo demás las reglas de las donaciones puras.

(810) Op. y vol. últ. cits., pág. 88.

(811) Op. y vol. últ. cits., págs. 592 y ss.

(812) Loc. cit., págs. 638 y ss.

(813) Op. vol. y § cits., pág. 129.

(814) Loc. cit., pág. 57.

(815) Loc. cit., pág. 231.

(816) Op. cit., 7.ª ed., vol. cit., págs. 212 y ss.

c) *Donaciones usuales*.—Al estudiar la doctrina de los clásicos castellanos nos referimos a la discusión sostenida acerca de la computación con imputación al quinto o de la absoluta no computación de las donaciones módicas. Hoy la cuestión parece centrada en si es posible que la donación de que se trate pueda catalogarse entre «los regalos de costumbre», a que se refiere el artículo 1.041 *in fine*. La determinación de ese carácter es indudablemente una cuestión de hecho, a resolver en cada caso por los Tribunales de Justicia en atención a diversas circunstancias, como son la posición económica y social del donante, la ocasión del regalo, los vínculos personales con el donatario, el valor de lo donado, etc. (817). Entre los regalos usuales, además de los de santo, aniversario, etc., pueden comprenderse las limosnas, donativos y propinas, que por su cuantía y ocasión puedan reputarse como usuales.

d) *Donaciones de frutos, rentas o intereses*.—Acabamos de ver cómo, en este punto, son discrepantes las opiniones de Morell y de Fuenmayor. En realidad, el Código sólo ofrece base para que no se computen las donaciones hechas o no con frutos, rentas o intereses cuando, además, reúnan el carácter de donación usual.

e) *Gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario*.—Están comprendidas en el artículo 1.041 del C. c., juntamente con los regalos usuales. Tradicionalmente han sido considerados siempre como no computables, pero el Código civil alude únicamente a su condición de no colacionables. Ahora bien, la confusión reinante en el Código, dadas las dos acepciones de la palabra colación que el artículo 1.035 refleja, y la mezcolanza en el capítulo VI del título III, libro III de preceptos aplicables a una y otra institución (v. gr., el art. 1.044 se refiere especialmente a la reducción por inoficiosidad), pueden justificar que los gastos y regalos a que se refiere el artículo 1.041, no sólo se entiendan exentos de colación, propiamente dicha, sino que, además, no se estimen computables para el cálculo de la legítima. Confirma indudablemente esta tesis la interpretación histórica del precepto, a través de la doctrina que antes quedó expuesta.

f) *Gastos que el padre hubiera hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística rebajando lo que éstos habrían gastado viviendo en caso y compañía de sus padres*.—Entienden De Buen (818), Fuenmayor (819) y Lacruz (820) que no deben compu-

(817) Recordemos la juiciosa acotación de AYERVE DE AYORA (ver supra nota 241): «Si las dichas donaciones no fueran muy menudas ni muy necesarias, sino que honestamente pudiera pasar el padre y madre sin darlas, porque su hacienda ni qualidad le obligaban a ellas: en tal caso... se le descuenta al padre del quinto, y saquen del.»

Igualmente podrá exigirse la computación de esas donaciones cuando el padre las hubiera verificado con intención fraudulenta. Como dijo ANGULO (ver supra nota 243), *ita, ut nec donatio inmodica sit, vel ad finem defraudandi fiat.*

(818) Notas citadas a la obra de COLÍN y CAPITANT, vol. cit., pág. 426, don-

tarse, por aplicación del artículo 1.042 C. c., a no ser que el padre no haya ordenado su computación o su colación. Tesis que coincide con la que fué opinión de Febrero, Morató, Benito Gutiérrez, La Serna y Montalbán.

Sin embargo, la letra del artículo 1.042 no favorece esa interpretación, ya que dispone que se lleven a la masa *cuando perjudiquen a la legítima*. Si pueden perjudicar a la legítima es que deben computarse idealmente para calcularla. Y para saber si la perjudican, sin duda, han de contabilizarse para su cálculo. La palabra colación parece, pues, tener, para ese supuesto, en el artículo 1.042, la significación de llevar a partición o sufrir reducción en el exceso inoficioso, lo cual, como hemos dicho, presupone su total cómputo a efectos contables.

Según dijo Calderón Neira (821), la regla del artículo 1.042 se descompone en otras tres: una que dispone su computación y otras dos de imputación: fuera de la vocación hereditaria del hijo, como regla general, y a su legítima, si el padre lo ordenara o si su computación fuera de la vocación hereditaria perjudicara la legítima de las demás (claro que, en este caso, si aún imputando el exceso a la legítima del beneficiario hubiera perjuicio para los otros legitimarios, la regla no será sólo de mera imputación, sino de devolución material o reducción).

A juicio nuestro, los gastos hechos para dar carrera a los hijos, si el padre nada hubiere dispuesto al respecto, sólo pueden entenderse excusados de computación cuando, atendiendo al nivel económico y social de la familia en cuestión, quepa incluirlos entre los gastos normales de educación de los hijos y, por lo tanto, comprendidos en el artículo 1.041.

g) *Capital y primas de los seguros a favor de tercero concertado por el causante sobre su propia vida*.—El artículo 428 del Código de comercio dispone: «Las cantidades que el asegurado deba entregar a la persona asegurada en cumplimiento del contrato, serán propiedad de ésta, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquiera clase del que hubiere hecho el seguro a favor de aquélla.»

de declara: «También nos parece aplicable ese artículo (el 1.042) a las dos clases de colación.»

(819) Loc. últ. cit., pág. 62, nota 106.

(820) Op. cit., § 33, pág. 306.

(821) MANUEL CALDERÓN NEIRA, *La colación en el Código civil*, en R. G. J., CXI, 2.º semestre 1907, pág. 134, descompone así «la regla tan mal formulada»—según dice—del art. 1.042: «Los gastos hechos para dar a los hijos una carrera profesional o artística, descontando lo que el hijo hubiere gastado en casa de sus padres, se considera como una donación al efecto de agregarlos a la masa y regular las legítimas. Esta es una regla sobre formación de la masa. Esos gastos se imputan al tercio de libre disposición y fuera de la vocación hereditaria del hijo. Esa es una regla más sobre imputación. No obstante, si el padre lo dispusiera o perjudicaren a la legítima, se imputarán en la vocación hereditaria del hijo. Otra regla de imputación.»

Esta norma presupone claramente la no computación del capital percibido por el beneficiario, a pesar de los esfuerzos que para probar lo contrario han realizado Martínez de la Puente (822) y Calvo Soriano (823), en su intento de demostrar que el artículo 428 del C. c. tiene la finalidad exclusiva de liberar de toda responsabilidad a la compañía aseguradora frente a los legitimarios y a los acreedores del asegurado por la entrega del capital al beneficiario de la póliza.

En cambio, puede perfectamente defenderse la computación de las primas pagadas hasta el límite máximo del importe del capital (824). Esta tesis, que es la más armónica con relación al Derecho comparado (825), la defendimos en otra ocasión (826) e igual opinión ha sido sostenida por Nart (827) y Roca Sastre (828). El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de diciembre de 1944, ha aplicado ese mismo criterio de computar las primas pagadas para calcular el haber de la sociedad conyugal y, por lo tanto, para

(822) JULIO MARTÍNEZ DE LA PUENTE. *La atribución del beneficio del seguro de vida como materia de disposición testamentaria*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. VIII, págs. 272 y ss.

(823) ALVARO CALVO SORIANO, *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia. F) Algo a propósito de la estipulación a favor de tercero y del seguro de vida para caso de muerte*, en «Rev. Dr. Priv.», t. XXXV, mayo, 1952, págs. 377 y ss.

(824) Este límite máximo de la computación de las primas—especialmente reconocido en Derecho francés—se apoya en la idea del correlativo empobrecimiento del donante y enriquecimiento del donatario, que presupone toda donación, por lo menos a efectos de la aplicación a las mismas de las limitaciones legales. Pueden prestar apoyo a esa interpretación, como argumento interpretativo histórico, las leyes 5 y 6, especialmente, del tit. XI de la Cuarta Partida.

(825) He ahí las soluciones más importantes que ofrece el Derecho comparado:

En Francia, conforme la ley de 13 de julio de 1930, no se computa el capital ni las primas, a no ser que éstas fuesen manifiestamente exageradas en relación a las posibilidades del causante, pero aún en este caso, la computación de las primas tiene como límite máximo el importe del capital percibido por el beneficiario.

En Italia, conforme al artículo 1.923 del nuevo Código, tampoco se computa el capital percibido por el beneficiario, pero si las primas pagadas por el causante.

En Alemania, según explica KIPP, op. y vol. cit., § 136. II, pág. 339, nota 4, en relación a la pretensión de complemento de legítima sólo debe computarse el importe de las primas pagadas.

Y el artículo 476 del Código suizo solamente considera computable el valor de rescate que tenía el seguro en la fecha de la defunción del asegurado. Es decir, el valor correspondiente a las reservas (formadas con parte del importe de cada prima, de la que es deducida la cantidad correspondiente al riesgo superado) acumuladas, menos un tanto por ciento de deducción variable, según las circunstancias.

(826) *La donación «mortis causa» en el Código civil. Las donaciones «mortis causa» indirectas en el Derecho civil y en el mercantil*, núm. 5, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. V, págs. 811 y ss.

(827) IGNACIO NART FERNÁNDEZ, *Notas sobre los contratos a favor de tercero*, 6), *Del seguro de vida con tercero beneficiario*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», vol. V, págs. 460 y ss.

(828) *Notas a KIPP*, vol. cit., § 136. II, pág. 346.

graduar los derechos de los legitimarios del cónyuge premuerto (829).

Como habíamos comentado (830) «hay una *imputación* a los efectos del cálculo del haber ganancial. Hecha esta operación de pura contabilidad debe hacerse otra de igual naturaleza: la de imputar, conforme al artículo 819, la mitad de primas pagadas en el tercio de libre disposición del cónyuge premuerto (del estipulante en general) y sólo, en cuanto sobrepase el valor de dicho tercio, el cónyuge que sobreviva (el beneficiario en términos generales) deberá satisfacer a los legitimarios del premuerto» (es decir, del estipulante).

No obstante, creemos que ni siquiera deberán computarse las primas satisfechas cuando se pueda considerarlas comprendidas entre las donaciones usuales o los deberes de previsión, jurídicos o meramente morales, debido a su modicidad o por razón de la persona y circunstancias del beneficiario y de los deberes morales que para con éste tuviera el estipulante.

Con criterio aun más restrictivo, Riera Aisa (831) había estimado computables las primas «únicamente cuando éstas representen una vulneración de los derechos que merezcan ser reconocidos, no como regla general».

Roca Sastre (832) estima aceptable el criterio francés de distinguir si es o no excesivo el importe de las primas pagadas, atendida la potencialidad económica del estipulante, y a su procedencia de las rentas o del capital de éste, que cree adaptable al significado en que el artículo 818 emplea al concepto *colacionable* y añade que, por supuesto, el «derecho de los legitimarios cede ante un seguro de vida respecto de cuyo beneficiario cubre o desempeña una función de garantía de un crédito propio de éste» (esos evidente, pues, en este caso, el seguro de vida con tercero beneficiario no supone una donación indirecta a favor de éste, sino una forma de pago de una deuda).

(829) Dice así uno de los considerandos de esta sentencia: «Que las primas deben ser reembolsadas a la comunidad al tiempo de su liquidación para que el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto que estén legitimados para la impugnación tomen la parte que en Derecho les corresponda evitando así un posible abuso en la facultad de disposición de los gananciales que, en definitiva, por medios indirectos, como el del seguro de vida o el de renta vitalicia, se tradujera en institución mutua de herederos en los bienes gananciales, total o parcialmente, defraudando la Ley y lesionando el derecho de legitimarios y acreedores.»

(830) *Teleología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia*, en «La Notariar (cuarto trimestre 1946)», pág. 391.

(831) LUIS RIERA AISA, *El llamado derecho propio del beneficiario de un seguro de vida al capital del mismo y las relaciones jurídicas familiares sucesorias y obligaciones del que lo contrató*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», t. VII, pág. 314.

(832) Loc. ult. cit.

C) *Momento en que debe realizarse la computación y al que debe referirse la valoración del caudal relicto y de lo donado.*

De los artículos 654 y 818 del Código civil resulta claramente:

1.º Que la oficiosidad de lo donado se juzga con referencia a la fecha del fallecimiento del causante.

2.º Que, igualmente, la valoración del haber relicto se refiere a esa fecha.

3.º Y que lo donado se computa con arreglo a su valor en el día de otorgarse la donación.

El Código civil ha modificado y simplificado, por tanto, el régimen anterior y aceptado la regla general establecida en los artículos 648 y 954 del Proyecto de 1851, pero sin las excepciones que en el mismo eran admitidas.

Queda fuera de duda que para juzgar la oficiosidad o la inoficiosidad de las donaciones se atiende siempre al montante del haber relicto y no al del activo que tenía el donante al otorgar la donación, y que al valor del haber relicto, a dicho fin, se agrega contablemente el importe de lo donado. En cambio, en relación a la valoración de lo donado a efectos de su computación, resulta dudoso si la valoración referida a la fecha de la donación se concreta en una cifra pecuniaria, fijada en su valor nominal, o bien en una cifra de valor efectivo, traducible el día de la computación a la cantidad de dinero que en la fecha del fallecimiento del causante corresponda al valor efectivo determinado con referencia a la fecha de la donación.

Para mejor comprender la cuestión enunciada, debemos distinguir las tres posibles causas determinantes de la diferencia del valor, nominalmente fijada en papel moneda, que puede mediar entre el día de la donación y la fecha de causarse la sucesión. Son estas:

1.ª Aumentos de valor debidos a industria o capital del donatario y disminuciones imputables al mismo por dolo o culpa.

2.ª Aumentos o disminuciones ajenas a la conducta del donatario, debidas a la revalorización o desvalorización efectiva de la cosa por causas exteriores (v. gr.: crecimiento o decadencia de una ciudad, nuevo trazado de una vía de comunicación, etc.), o al caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero (v. gr.: mutación de cauce, accesión verificada por tercera persona).

3.ª Aumentos o disminuciones ficticias de valor, debidas exclusivamente a la oscilación del valor de la moneda oficial. Supuesto en el cual no cambia el valor efectivo de la cosa, pero varía su determinación pecuniaria, es decir, su valor nominal.

Los sistemas que respectivamente determinan el valor de lo donado en la fecha de la donación o en la del fallecimiento del causante, coinciden en el mismo resultado práctico, es decir, en su valoración, gracias a las correcciones aplicadas al segundo pro-

cedimiento en el caso de haber habido mejoras, deterioros o pérdida debidos o imputables al donatario. En efecto: en el sistema romano, o de valoración al día del fallecimiento del donante, debían abonarse a la cuenta del donatario el valor de las mejoras que éste hubiera realizado en la cosa donada y cargársele en contra el importe de los deterioros o pérdida culpable.

En cambio, la disparidad entre ambos criterios resulta evidente tratándose de aumentos, deterioros o pérdida no debidos ni imputables al donatario y efectivamente producidos en la cosa donada en el período comprendido entre las fechas de la donación y de la sucesión. En el sistema romano los riesgos favorables o adversos repercuten en la masa partible. En la reglamentación del Código civil es únicamente el donatario quien se beneficia o perjudica con dichos aumentos o disminuciones.

¿Sucederá lo mismo con respecto al falso *plus valor* o al *minus valor* debidos a alteraciones del valor de la moneda en curso? He ahí una cuestión que no puede asegurarse que se halle resuelta en el Código civil.

El mismo problema—como veremos—se plantea en materia de colación propiamente dicha. Con la diferencia—también observada—de que en la colación el donante, que puede dispensarla (artículo 1.036), también ha de poder predeterminedar el valor por el cual debe ser colacionado lo donado. Predeterminación que no cabe en la computación para calcular las legítimas (833), ya que el importe de éstas no depende de la voluntad del causante, puesto que la ley lo impone imperativamente (834).

(833) La sentencia de 4 de julio de 1908 emplea la palabra colación impropia-mente, aplicándola a la computación e imputación. Es decir, que su llamada a los arts. 1.035 y 1.045 del C. c. sólo puede referirse a lo que el primero llama impropia-mente colación para cálculo de legítimas, esto es a la computación, a la que el segundo artículo también es aplicable, pero no a la colación propiamente dicha ni a su realización por toma de menos. En el pleito que dió lugar a dicho fallo se discutía si la imputación debía hacerse al tercio de mejora o al de legítima (amén de su revocabilidad como mejora) en una constitución de dote en la que se valoraron por ambas partes las fincas entregadas en tal concepto. En cambio, no se planteó cuestión alguna relativa a la colación propiamente dicha. Por ello es evidente que debe entenderse referida a la computación la declaración de uno de los considerando de esta sentencia al expresar que «la valoración que de común acuerdo hicieron los donantes de las fincas adjudicadas en dote no tiene eficacia alguna en perjuicio de los demás herederos, dado el sentido y finalidad de los artículos 1.035 y 1.045 del Código».

(834) Creemos inexacta la afirmación de FUENMAYOR (op. y loc. últ. cit., nota 106, pág. LXII) de que en los supuestos del artículo 1.042 del C. c. el padre, puede dispensar la computación. Se debe esa afirmación a que FUENMAYOR cree que el artículo 1.042 refiere las expresiones *traer a colación y colacionarlos*, a *computar* y *computarlos*. Cuando es lo cierto que se refiere a la colación propiamente dicha y a la restitución de lo inoficioso. Ya que, según hemos dicho antes, la posibilidad que contempla este artículo, de que perjudiquen a la legítima las liberalidades a las que se refiere, presupone su previa computación en la masa ideal de cálculo.

Marín Monroy (835)—aunque criticando ese criterio, que cree ordenado por el Código civil—y Roca Sastre (836) entienden que, conforme la letra de nuestro Código, el cambio de valor de la moneda no se tiene en cuenta en la computación. Es decir, que el valor en la fecha de la donación, a que se refiere el artículo 818, es precisamente el valor nominal que entonces tuviera la cosa.

Por el contrario, Núñez Lagos (837), con referencia a la colación, pero con doctrina aplicable tanto o más a la computación, entiende como *suma de valor* y no como *suma de dinero* el objeto de tal operación (838).

Es cierto, sin duda, que el principio nominalista se apoya en el carácter de orden público que se le atribuye en materia contractual. El Estado impone al acreedor las consecuencias de la inflación y se considera ilícito que quienes tengan mayor poderío económico puedan descargar en los más débiles esas desfavorables consecuencias (839). En las relaciones sucesorias, en cambio, desaparece esa razón. Además, parece contrario a la equidad aplicar medidas distintas para estimar lo que reciben y lo que han recibido los diferentes interesados en la herencia. E injusto sería que la unidad de valor no fuera la misma para valorar los distintos elementos que componen la masa de cálculo de las legítimas, que han de ser objeto de imputación y, tal vez, de reducción.

No obstante, la aplicación de la moneda actual para medir—efectiva y no nominalmente—el valor que tenía lo donado en el día de la donación, no siempre resultará justa: V. gr.: parece que será justa si lo donado es un inmueble que el donatario conserva, pero, en cambio, resulta injusta si el donatario enajenó la finca antes de desvalorizarse la moneda para cubrir con su importe sus necesidades, o cuando la finca donada haya sido también desvalorizada por la ley (v. gr.: como desde la vigente ley de arrendamientos urbanos, nuestra propiedad urbana arrendada), o si lo donado fueron títulos de la Deuda Pública que también conserva el donatario (¿sería aceptable en este caso que se computara su valor por el equivalente en moneda actual efectiva del valor de cotización que tenía cuando fueron donados?: francamente, creemos que no). Por ello—de conformidad a lo que opina

(835) *La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. IV, págs. 252 y ss.

(836) Notas a KIPP, vol. cit., § 131, I, pág. 304: «En la complementación legitimaria por reducción de donaciones inoficiosas puede influir la depreciación monetaria desde el momento en que ella debe privar el valor de dichas donaciones en el tiempo en que fueron otorgadas.»

(837) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración* (una conferencia de Marín Monroy), en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. 180 (segundo semestre 1946), págs. 721 y ss.

(838) Se apoya NÚÑEZ LAGOS en la opinión de NUSSBAUN (*Teoría jurídica del dinero*, Madrid, 1929, § 16, pág. 238) que parece seguir LUIS SANCHO SERAL. al anotar dicha versión castellana.

(839) Ver SANTIAGO PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. II, pág. 60.

Kipp (840), con referencia al Derecho alemán—estimamos que no debe ser íntegramente aceptado para todos los casos ni uno ni otro de estos criterios. Debe atenderse a las circunstancias individuales de cada caso, aplicando el sistema que, según éstas, resulte más razonable.

§ 12 Imputación de donaciones en el Código civil.

Debemos, ante todo, precisar cuál es el concepto de *imputación* que el Código civil aplica en sus normas.

La historia del Derecho y el Derecho comparado nos han ofrecido tres significaciones en la terminología jurídica del verbo *imputar*. De ellas separaremos previamente la que se aplica a uno de los modos de colacionar, la colación por toma de menos o por imputación, referida a las cuotas hereditarias de los herederos forzosos y no a las cuotas ideales en que se divide la masa de cálculo de la legítima (841). Su estudio lo intentaremos más adelante.

Aquí nos interesa determinar el concepto positivo de la imputación propiamente dicha, denominada imputación en sentido técnico por Clemente de Diego (842) e imputación «*ex se*» por Fuenmayor (843). Se trata de examinar si nuestro Código civil la recoge en su sentido más restringido o en su significación amplia. Es decir, en el primer significado, aplicable sólo a la imputación a la legítima, verificada con carácter ortopédico en el caso de ejercicio por algún legitimario de la acción de reducción y como limitación de ésta. O bien, en su significado amplio, comprensivo de la imputación a la legítima estricta, a la mejora y a la parte libre, aplicable para juzgar la oficiosidad o inoficiosidad de las disposiciones del causante con independencia de que se ejercite o no la acción de reducción por los legitimarios.

Vimos que los clásicos castellanos exponían teóricamente el concepto estricto de imputación, recogiéndolo del Derecho romano, de conformidad con los autores de Derecho común, pero que prácticamente aplicaban su acepción amplia ocupándose de la imputación a la legítima, al tercio y al quinto, conforme resultaba de las leyes 26 y 29 de Toro. Este mismo concepto amplio es recogido en el Código civil, como resulta especialmente de su artículo 819, completado por el artículo 825, que disponen de modo general la imputación a la legítima, a la parte libre o a la me-

(840) Op. y vol. cit., § 88. VII, 1, pág. 55, en relación con § 131, I, 4, a), página 202.

(841) Ver CLEMENTE DE DIEGO, op. y vol. cit., Lec. 98, pág. 398; FUENMAYOR, loc. ult. cit., núm. 15, pág. LXIV.

(842) Loc. y pág. ult. cit.

(843) Loc. y pág. ult. cit.

jora, según los casos, sin limitar la efectividad de la imputación a la legítima al supuesto de ejercicio de la acción de reducción, sino, por el contrario, dándole carácter general.

Este mismo concepto es recogido por la doctrina, v. gr.: Morell (844), De Buen (845), Clemente de Diego (846), Fuenmayor (847), Royo Martínez (848), Roca Sastre (849).

Determinado el concepto de imputación propiamente dicha en el Código civil, vamos a examinar las reglas que presiden la imputación de lo donado. A este efecto, es necesario distinguir:

A) *Donaciones a extraños.*

La imputación más sencilla es la de las donaciones a extraños. Por extraños, a estos efectos, debe entenderse por exclusión quienes no sean legitimarios ni descendientes del causante. Como legitimarios hay que considerar a quienes lo sean *in concreto*, es decir, en la sucesión de que se trate (v. gr.: los ascendientes sólo serán herederos forzosos si en la sucesión en cuestión no concurren descendientes legítimos del causante). Y entre los descendientes se incluyen también los de ulterior grado, aunque, por vivir el descendiente intermedio, no sean herederos forzosos.

El artículo 819, § 2.º, resuelve que: «Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.»

B) *Donaciones al cónyuge.*

Los autores no se han ocupado de esa cuestión, por considerar imposibles las donaciones entre cónyuges, en virtud del artículo 1.334 del Código civil, y porque los regalos módicos, a que alude el § 2.º de dicho artículo, se hallan excusados de computación por estar comprendidos entre los «regalos de costumbre» del artículo 1.041 del Código civil.

Nosotros hemos sostenido reiteradamente la eficacia de lo donado *mortis causa* entre marido y mujer y la convalidación *mortis*

(844) *Colación especial...*, «R. G. L. J.», CVIII, pág. 27: «Imputar es aplicar esos bienes de que el causante se desprendió durante su vida a la porción forzosa o a la porción libre de su herencia.»

(845) *Notas cit.*, vol. cit., págs. 342 y ss.

(846) *Op. y vol. cit.*, págs. 397 *in fine* y 398.

(847) *Loc. y pág. últ. cit.*: «Mediante la imputación *ex se* se aplican los bienes de que el causante se desprendió gratuitamente durante su vida a la porción forzosa o a la porción libre de su herencia. Con ello se persigue mantener salvas y válidas, sin reducción, las liberalidades a extraños mientras pueda integrarse lo debido por legítima con esta imputación de donaciones y legados hechos al legitimario.»

(848) *Op. cit.*, XXI, § 2, págs. 238 y ss.

(849) *Op. y vol. últ. cit.*, § 131, pág. 298, y § 133, págs. 324 y s.

causa de las donaciones entre cónyuges—directas o indirectas—que no hayan sido revocadas por el donatario premoriente (850).

Pues bien, con referencia a la imputación de estas donaciones, ¿se considerará al cónyuge viudo como extraño, en cuyo caso lo donado se imputará al tercio libre?, o bien, considerado como legitimario, que es, ¿sufrirá la imputación de lo donado preferentemente en su cuota legal usufructuaria?

El § 1.º del artículo 819 no alude al cónyuge viudo, y el artículo 1.035 no se refiere a la imputación sino a la colación, en la cual, a mayor abundamiento—como luego veremos—no está incluido el cónyuge viudo. Ante este vacío legislativo, después de agotar en cada caso la interpretación de la voluntad del causante, si ésta no resulta de la donación ni del testamento, deberá imputarse lo donado a la parte disponible. Así lo estimamos, partiendo de la especial naturaleza de la legítima viudal. Esta es atribuida directamente por la ley, y tiene un sentido positivo, a diferencia de las demás legítimas, que sólo se traducen en una serie de limitaciones legales a la disposición del causante, que se imponen mientras no quede cubierta a favor del legitimario o una cifra contable legalmente dada. Por ello creemos que no es análogicamente aplicable la doctrina del § 1.º del artículo 819, y, por el contrario, estimamos presumible que el causante que donó a su cónyuge quiso otorgarle una liberalidad independiente de su cuota legal, a no ser que al hacerlo hubiera expresado lo contrario, o que así pudiere lícitamente desprenderse de una ponderada interpretación de su voluntad.

C) *Donaciones a los hijos naturales.*

Los hijos naturales, si no concurren con descendientes ni ascendientes legítimos del causante, tienen una posición idéntica a la que tendrían los hijos legítimos, con la única diferencia de que su legítima (art. 842) es sólo de un tercio (el segundo tercio es, en este caso, parte libre y no cuota sólo disponible como legítima o como mejora). Con esa salvedad debe aplicarse en este caso el § 1.º del artículo 819.

Si concurren con descendientes o ascendientes legítimos, resulta de los artículos 840 y 841 que la legítima de los hijos naturales se debe sacar de la parte de libre disposición, es decir, de un tercio o de la mitad, respectivamente. Por tanto, en estos

(850) Ver *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, X, 7, y XIV, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. V, págs. 732 y ss. y 794 y ss.; *Dictamen acerca de los requisitos para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada con metálico que se confiesa ser parafernial*, en «An. Dr. Civ.», I-II, págs. 654 y ss., y *Donación, condición y conversión jurídico material*, IV, *La conversión jurídica aplicada a las donaciones entre esposos*, en «An. Dr. Civ.», V-III, págs. 1286 y ss.

casos tenemos dos legítimas, de las cuales la de los hijos naturales comprime y reduce la parte que sería íntegramente de libre disposición si ellos no existieran. De este modo, al reducirse la cuota de libre disposición, disminuye el montante de la cuota a la cual puede ser imputado lo donado a extraños.

Conforme al artículo 847, lo donado a los hijos naturales se imputa preferentemente a su legítima individual respectiva y, en su exceso, a la porción disponible si cupiera en el remanente del tercio libre. Pero si el causante dispuso su preferente imputación a la parte disponible, en ese caso el exceso sobre ésta, si lo hubiera, se imputará a la legítima individual del hijo natural imputante.

D) *Donaciones a descendientes que no son herederos forzosos.*

Cuestión a examinar previamente es la determinación del momento al cual debe atenderse para considerar al donatario como heredero forzoso a efectos de la imputación de lo que donó el causante. El problema se concreta prácticamente en el supuesto de que, viviendo su padre, el nieto hubiere recibido una donación de su abuelo, padre de aquél, sobreviviendo el abuelo al padre y a los dos, el nieto. ¿Se considerará a éste como heredero forzoso a efectos de la imputación de aquella donación? Al fallecer el causante, el nieto era heredero forzoso; al recibir la donación no lo hubiera sido. ¿A qué momento debe atenderse?

Anteriormente vimos que, desde los clásicos castellanos del siglo XVI a los autores inmediatamente anteriores al Código civil, la doctrina distinguió, respecto a la colación de lo donado por el abuelo a los nietos—con criterio paralelamente aplicable a su imputación—, según que la donación hubiese sido otorgada viviendo el padre o después de fallecer éste, y en el primer caso atendían a si el abuelo ordenó la colación o hizo la donación al nieto en consideración al hijo, o bien, si no se daba ninguna de estas circunstancias, supuesto en el que se juzgaba que la colación no debía tener lugar.

Hoy, el § 2.º del artículo 1.038 dice que: «También colacionarán (los nietos) lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste; a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos».

¿Supone esta disposición modificación de la regla admitida antes del Código? ¿Significa que la ley presupone que el abuelo dona siempre al nieto en contemplación del hijo, si al hacerlo no declara otra cosa? Eso último no es aceptable, pues en tal caso el Código debiera haber ordenado al hijo la colación de lo donado a los suyos por el abuelo, a no ser que este hubiera dispuesto otra cosa. Por ello, quedaría fuera de lógica el precepto que comentamos si realmente fuera aplicable al caso que estudiamos. Nos hallamos ante una do-

nación que el donante al otorgarla, por hacerla a un descendiente que no cree presunto heredero forzoso, debió considerarla como no colacionable y como mejora *lato sensu*. ¿Cómo es posible que pierda ese carácter precisamente por una desgracia familiar del donatario, como es la muerte de su padre, hijo del donante?

Por eso, rectificando nuestra anterior opinión —que habíamos aceptado a regañadientes (851)—, hoy creemos que el artículo 1.038, § 2.º, debe entenderse aplicable únicamente con referencia a lo que el abuelo donó al nieto después de muerto el padre. En ese supuesto es presumible que quiso otorgar carácter colacionable lo donado, «a menos que el testador hubiere dispuesto lo contrario». Pero no lo es en la hipótesis que contemplamos, en la cual no puede presuponerse que el donante hubiera pretendido que lo donado se colacionara, o se imputase a la legítima, salvo que previendo la premoriencia del hijo lo hubiera ordenado así al nieto para este caso.

Por la misma razón, creemos que se halla fuera de la órbita del artículo 825 C. c. la imputación de las donaciones hechas a los nietos por el abuelo en vida del padre aunque éste pémuera.

Esto resuelto, debemos examinar a qué cuota o cuotas hereditarias, y por qué orden de preferencia debe imputarse la donación a descendientes que no sean herederos forzosos (852).

Manresa (853), Scaevola (854), Romero Vieitez (855), Royo Martínez (856) y vacilando Morell (857), creen que sólo al tercio de libre disposición puede imputarse lo donado a los nietos si no se le dió carácter expreso de mejora.

Sánchez Román (858) duda entre su imputación al segundo tercio como mejora o al tercio de libre disposición.

Otero Valentín (859) lo conceptúa como mejora imputable al segundo tercio y reducible si excedé de dicho tercio, «sin perjuicio de respetar la voluntad del donante si no perjudicara a la legítima de los coherederos».

Burón (860) y Lacoste (861) aceptan la posibilidad de mejoras tácitas a título de donación a favor de descendientes que no sean

(851) *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, conferencia que pronunciamos en la Ac. Matr. del Not. el 24 enero 1954, publicada en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. II, ver nota 257, págs. 94 y ss.

(852) De esta materia nos ocupamos extensamente en la conferencia citada en la nota anterior, VII, 4, *Anales* y vol. cits., págs. 94 y ss.

(853) *Op. cit.*, vol. VI, págs. 403 y ss.

(854) *Op. cit.*, vol. XIV, pág. 460.

(855) *La mejora* (Madrid, 1936), págs. 112 y ss.

(856) *Op. cit.*, pág. 239.

(857) *Mejoras*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. LXXXIII, pág. 282.

(858) *Op. cit.*, vol. VI, 2.º, pág. 1191.

(859) *Op. cit.*, págs. 45, 52 y 63 especialmente.

(860) *Op. y vol. cits.*, núm. 1.050, págs. 89 y ss.

(861) *La mejora* (Madrid, 1913), págs. 265 y ss.

herederos forzosos. Pues, en este caso, estima que la voluntad de mejorar es definitiva y evidente, por que al no ser herederos forzosos los donatarios, desaparece la duda, que resolvieron los artículos 657 del Proyecto de 1851 y 825 (C. c., acerca de la imputación a la legítima o de la conceptualización como mejora de lo donado por el causante a sus herederos forzosos).

Nosotros en anterior ocasión (862) y poco después Roca Sastre (863), hemos defendido que dichas donaciones deben imputarse al tercio libre y en lo que en él no cupiere al tercio de mejora. Añadiremos que si el descendiente donatario, que no habría sido heredero forzoso en la fecha de donación, lo fuera al fallecer el donante, podrá, además, imputar lo donado a su legítima individual en cuanto no cupiera en los tercios de libre disposición y de mejora.

Los principales argumentos a favor de la tesis contraria, es decir, de la que pretende la exclusiva imputación al tercio de libre disposición de lo donado a descendientes que no sean herederos forzosos, son en síntesis los siguientes:

1.º Que los descendientes que no sean herederos forzosos no deben ser más privilegiados que los que tienen derecho a la legítima (*sofisma que olvida que la ratio del § 1.º del artículo 819 y del artículo 825 es la presunción de que lo donado a los hijos les ha sido dado a cuenta de sus legítimas, presunción que no cabe si los descendientes no son herederos forzosos y, por tanto, no tienen derecho a la legítima*).

2.º Que el artículo 825 debe interpretarse en relación con el 819, que distingue entre donaciones hechas a herederos forzosos y donaciones hechas a quienes no lo son, ordenando la imputación de aquéllas a la legítima, cuando no sean mejoras expresas, y al tercio las dispuestas en favor de extraños, aunque recaigan en descendientes si, en ese caso, no tienen el carácter expreso de mejoras (*Argumento también sofisticado: el artículo 819 no distingue entre donaciones hechas a herederos forzosos y las hechas a los que no son herederos forzosos. Habla de donaciones hechas a los hijos —§ 1.º— y de donaciones hechas a extraños —§ 2.º—. Se refiere, en párrafos opuestos, a unas y otras sin excluir la posibilidad de otro supuesto no comprendido en ninguno de los dos párrafos. Fuera de su supuesto quedan las donaciones hechas a descendientes que no sean herederos forzosos*).

3.º Que al comprenderse en el artículo 819, § 2.º, a donatarios parientes, que no son en realidad extraños, bien puede suponerse que se refiere a todos los no legitimarios (*lo que consideramos como otra hipótesis sin demostrar*).

4.º Que de otro modo los herederos forzosos sufrirían perjui-

(862) *La mejora tácita...*, loc. ult. cit., especialmente págs. 90 a 101.

(863) Notas a Krrp, vol. cit., Apéndice *La mejora*, pág. 360.

cio en sus legítimas sin una manifestación clara y explícita de que tal fuese la voluntad del causante, en contra de la prohibición de las mejoras tácitas (*petición de principio y olvido de que siendo varios los descendientes, ninguno de ellos tiene individualmente derecho alguno al segundo tercio*).

Nuestros argumentos en pro de la tesis de la imputación sucesiva al tercio libre y al de mejora, fueron en esencia estos:

a) Si los descendientes que no son herederos forzosos pueden recibir de sus ascendientes por testamento, conforme al artículo 823, dos tercios del haber, correlativamente, podrán recibir igual porción a título de donación. Por lo tanto, no existe obstáculo para que tales liberalidades se imputen a ambos tercios.

b) La imputación al tercio libre con preferencia al de mejora, se deduce, (por analogía, de lo dispuesto para los legados en el artículo 828. Aplicación analógica en la que volveremos a insistir.

E) *Donaciones a herederos forzosos que sean desheredados o repudian la herencia.*

El Derecho comparado nos ha mostrado cómo en los países en que la legítima se considera como herencia directamente atribuida por la ley, la desheredación o la repudiación de la herencia suponen la pérdida de la legítima. La dogmática imponiendo sus razones sobre las teleológicas y sobre la equidad, tras un largo vaiven de la jurisprudencia, ha decidido en Francia la imputación a la cuota disponible de lo donado por el causante al hijo que repudie la herencia. Italia también ha aceptado esa solución dogmática, pero para limar sus posibles consecuencias injustas ha alterado el orden cronológico, normal en la imputación, al posponer al donatario que repudió anteponiéndole los donatarios extraños de fecha ulterior y los legatarios.

En nuestro Derecho, la distinta naturaleza de la legítima no nos impone la misma solución dogmática, sino que hace perfectamente compatibles la repudiación de la herencia y la conservación de la legítima, así como también la desheredación y la conservación de las donaciones imputables a la legítima si no son susceptibles de revocación por ingratitud. La cosa es así porque, como hemos visto, la legítima no es atribuida directamente por la ley, no hay delación legitimaria, sino que se trata normalmente de una *pars bonorum* que el legitimario debe recibir del causante y cuya percepción, por cualquier título, garantiza y defiende la ley.

Sentados estos principios conviene examinar separadamente los supuestos de imputación de lo donado al desheredado y al heredero forzoso repudiante.

a) *Imputación de lo donado al desheredado.*

Conforme al artículo 857 C. c., los hijos del desheredado «ocu-

parán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Más o menos lo mismo dispone el artículo 761 respecto a los hijos o descendientes del excluido por indignidad.

Consecuente con esto, el artículo 929, como excepción, admite la representación de una persona viva en los casos de desheredación o incapacidad.

¿Qué ocurre, por tanto, respecto a la imputación de las donaciones recibidas por el desheredado o el excluido por indigno, que no sean revocadas por ingratitud, y que inicialmente no fueron exceptuadas de ser imputables a la legítima? ¿Deben imputarse a la parte de libre disposición? ¿Siguen siendo imputables a la cuenta de la legítima de que el donatario ha sido privado *mortis causa* y, por lo tanto, merman la legítima de los descendientes suyos que le representan?

El artículo 1.038, § 1.º, por analogía, ofrece sólida base para esta última opinión: «Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no le hayan heredado.» Esta doctrina debe entenderse aplicable a todos los casos de representación previstos en el artículo 929 del Código civil, aunque la representación no sea causada por premoriencia. También la estimamos extensiva a la imputación en la legítima, si la colación no tiene lugar por no concurrir en la herencia los representantes del desheredado con tíos o primos. La razón de su aplicación es la misma en uno y otro caso. Deducidas las mejoras, los demás legados y las donaciones no colacionables, si la cuota hereditaria que por representación reciben los descendientes del hijo desheredado puede ser igual a su legítima estricta y a ella debe agregarse lo que a ésta le fué donado sin dispensa de colación no hay razón alguna que justifique la aplicación de otro criterio distinto en supuesto de imputación.

Pero, ¿*quid* cuando, por no tener descendientes el desheredado, su porción acrezca a los demás herederos forzosos? (864). Los artículos antes enunciados no resuelven la cuestión aunque determinan un criterio que puede servir de pauta para deducir un principio general (865).

(864) En el Código civil la cuota legitimaria del desheredado que carezca de descendientes acrecienta la de los demás, según resulta de la determinación global de la cuota destinada a las legítimas, que debe distribuirse por partes iguales entre los que efectivamente deban y quieran percibirla. En cambio, en Derecho romano rigió el principio *exheredatus numerarum faci ad minuendam legitiman*, deducido del fragmento de ULPIANO, 8, § 8.º (Dig. V-II).

(865) Contrariamente, ROCA SASTRE (Notas a KIPP, vol. cit., § 132, I, a), página 324) parece considerarlos como excepción y no como trasunto de la regla general. Así opina que «hay que dejar de imputar en la legítima aquellas

A mayor abundamiento, creemos que existe una razón teleológica aún más decisiva. La desheredación no se dispone en beneficio de los demás herederos forzosos, sino como sanción al desheredado. De ella, por lo tanto, no puede deducirse perjuicio para quienes hayan sido instituidos en el tercio de libre disposición, a los que se podría ocasionar una posible reducción de sus asignaciones por desbordamiento del tercio libre en virtud de la imputación al mismo de lo donado al desheredado.

La desheredación supone la privación de la legítima mortis causa, pero no significa la revocación de lo recibido anteriormente por donación a cuenta de la legítima, a no ser que el donatario haya incurrido en alguna de las causas de ingratitud, prefijadas en el artículo 648. Es decir, que, en este sentido, puede afirmarse que la exclusión de la legítima no es total si el desheredado había recibido alguna donación imputable a ella y que no se haya revocado por ingratitud. A esa parte de la legítima se computa lo donado al desheredado y sólo el resto acrece a sus coherederos forzosos. Lo que no es aceptable, es que estos se beneficien en más de lo que pierda aquél, y mucho menos que esto redunde en perjuicio de los destinatarios del tercio libre, completamente ajenos a la desheredación.

Sólo el exceso respecto a la legítima será imputado en la porción disponible.

b) *Imputación de lo donado al legitimario que repudie la herencia.*

Bajo el régimen de la ley 29 de Toro, las donaciones *ob causam* recibidas de su causante por el heredero forzoso que repudia-

donaciones hechas a los hijos cuando éstos no lleguen a ser realmente legitimarios, sea por premoriencia del donante, sea por desheredación, sea por renuncia. Esto sin perjuicio que en los casos de premoriencia o desheredación la imputación opere respecto los descendientes del premuerto o desheredado».

Creemos que no existe ese paralelismo entre los supuestos de desheredación y premoriencia. Lo donado al hijo que premuera sin dejar descendientes debe volver al ascendiente donatario en virtud de la reversión legal prevista en el artículo 812 del C. c. Tratándose de su desheredación, la solución correcta nos parece que, por las razones que en el texto apuntamos, es la contraria a la que apunta ROCA. Los diferentes efectos son explicable más que por el carácter fortuito de la premoriencia y por la dependencia de la desheredación de la voluntad del causante, por la circunstancia de que el premoriente no llega a consolidar su derecho a la legítima e incluso los bienes que le fueron donados por un ascendiente deben revertir a éste. En cambio, el legitimario que había aceptado donaciones imputables a la legítima, si luego es desheredado sólo es privado de la parte de su legítima que debía serle completada con la adquisición de la herencia, a no ser que por haber incurrido en causa de ingratitud le sea rescindida la donación recibida.

ba la herencia, se imputaban sucesivamente a la legítima, al tercio y al quinto. Criterio opuesto al de los Derechos francés e italiano que prescriben su imputación a la porción disponible. Esa diferencia de sistemas puede ser explicada por la distinta concepción dogmática de las legítimas, como hemos indicado anteriormente, y que, hace bastantes años, había expuesto Calderón Neira (866).

Sin duda, el antecedente de la ley 29 de Toro tiene inapreciable interés para resolver esta cuestión en el Derecho vigente. Conforme resulta de la ley de Bases, en caso de duda, el Derecho anterior no puede entenderse modificado por el Código civil, por lo menos en las materias en que expresamente se ordenó el mantenimiento del Derecho histórico.

Por ello, el artículo 1.036 C. c. debe interpretarse e integrarse por el texto de la ley 29 de Toro, en la parte en que ésta determina la imputación de las donaciones que, por haber repudiado la herencia el donatario, no se colacionan. El 1.036 C. c. dice que la colación «no tendrá lugar entre los herederos forzosos...», o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso de que la donación deba reducirse por inoficiosa». Cuando «deba reducirse por inoficiosa» no nos lo explica el artículo 1.036. Pero resulta de los artículos 634 y 654, con la misma amplitud que en la ley 29 de Toro, que el causante puede disponer a favor de los legitimarios de su legítima rigurosa y de los tercios de libre disposición y de mejora en cuanto no hubiere anteriormente dispuesto (867).

Legítima y herencia, a mayor abundamiento, hoy no son entidades necesariamente interdependientes. Se puede repudiar la herencia y aceptar un legado (art. 890, § 2.º) y por medio de un legado se puede percibir la legítima (art. 815). No vemos tampoco inconveniente en recibir donaciones a cuenta de la legítima y repudiar la herencia sin que varíe la imputación de aquélla (868).

(866) Loc. cit., pág. 128. A su juicio «se comprende perfectamente que la legislación que una con lazo indisoluble la legítima y la herencia, imponga al legitimario la obligación de devolver el exceso entre el valor recibido en una donación y el valor representado por la vocación hereditaria, porque el legitimario no tiene medio de eludir esa devolución, por lo menos normalmente. Si el legitimario intentara eludir la colación renunciando la herencia, perdería la legítima...» «Pero es muy diferente el caso del hijo en una legislación que separa la legítima de la herencia. En tal supuesto, el hijo elude perfectamente la devolución por que para ser legitimario no es preciso ser heredero; renunciada la herencia, la donación se imputa en la legítima y en lo que de ella exceda en la parte libre, y resulta que el legitimario se burla del precepto legal.»

(867) Así opinó también CALDERÓN NEIRA (loc. cit., pág. 124), aunque limitando la inoficiosidad a la imputación, a la legítima del donatario y a la parte libre.

(868) En el recurso de casación que motivó la sentencia de 26 de junio de 1946, uno de los recurrentes sostuvo que la legítima, por ser herencia, «no puede admitirse renunciando a ésta» y que, en consecuencia, los renunciantes a la herencia perderán todo derecho a lo que se les dejó como anticipo de legítima por donación. El error de esta tesis, que no fué aceptada por el Tribunal Supremo, radica básicamente en involucrar la legítima y la herencia. En el mismo error había incurrido OTERO VALENTÍN (op. cit., pág. 86), al opinar:

Así lo entendió Calderón Neira (869), explicándolo en estos términos: «Ciertamente que entre nosotros el hijo instituido heredero no podría renunciar la herencia y luego etablar una acción pidiendo la legítima» ... «Pero el caso es diferente en el supuesto que tratamos. Se trata del caso, no en que el hijo acciona pidiendo su legítima, sino de aquél en que el hijo viene ya gozando de la legítima antes del fallecimiento del testador, como donatario. En esas condiciones el legitimario alegraría que ya venía poseyendo la legítima por un justo título, y como ni antes ni después de la muerte del padre, es necesario el título de heredero para adquirir la legítima, tenía a bien seguir siendo legitimario como lo había sido hasta entonces por título de donación y nada podría replicarse».

En cambio, Manresa (870), De Buen (871) y Roca Sastre (872) han entendido que lo donado al legitimario repudiante debe imputarse a la parte de libre disposición. El primero afirma: «El heredero renunciante no llegó a ser legitimario, luego debe estimarse como un extraño e imputarse la donación a la parte libre» (873).

El error de esa argumentación estriba en no valorar exactamente la repudiación de la herencia con relación a los derechos legitimarios. La repudiación de la herencia significa la renuncia de aquella parte de la legítima que debe recibirse embebida en la propia herencia, pero no de lo que a su cuenta se hubiera recibido por donación o se debía recibir como legado.

Por la diferente configuración dogmática de nuestra legítima con respecto a la francesa, se superan los escollos teleológicos que hicieron vacilar a la jurisprudencia del vecino país.

Es justo y lógico, si el legitimario repudia la herencia, que

«Esa aceptación del anticipo de legítima presupone la consideración de tener aceptada la herencia, y para eximirse de tal representación deberá colacionar el legitimario lo que recibiera.»

(869) Loc. cit., págs. 125 y ss.

(870) Op. cit., vol. VII, pág. 564.

(871) Op. y vol. cit., pág. 343, donde dice: «c) Que en virtud de lo dicho en el repetido artículo, toda donación hecha a un heredero forzoso ha de considerarse, en principio, como un anticipo de su legítima; pero esta donación está condicionada por la circunstancia de que al morir el donante siga siendo heredero forzoso el donatario. Si por cualquier razón legal ha dejado de serlo, la donación deberá imputarse a la parte de libre disposición.»

(872) Loc. ú.t. cit.

(873) Posición radicalmente opuesta es la de GONZÁLEZ PALOMINO (*Estudios de arte menor en Derecho sucesorio. El acrecimiento de la mejora*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. II, págs. 540 *in fine* y 541, nota). Es su opinión que la aceptación y la repudiación de la herencia juegan separadamente de la aceptación y la repudiación de la legítima. A juicio nuestro, el fallo de esta tesis radica en considerar la legítima como una cuota de la herencia directamente atribuida por la ley e independiente de la herencia voluntaria. Aceptado que la legítima no es un título de atribución si no una protección legal que garantiza la percepción de un *quantum*, que puede recibirse a título de herencia, de legado o por donación, no se puede deducir ninguna conclusión general, sino que debe distinguirse según sea satisfecha con la herencia, por donación o por legado.

cuanto de su legítima deje de percibir, por tal motivo, acreciente la parte de los demás, es decir, que éstos se beneficien con lo que aquél no quiera. Pero, sería injusto e ilógico que en el importe que el repudiante no ha perdido, por haberlo recibido como donación, se lucren los colegitimarios, no en perjuicio del repudiante, que conserva la donación, sino en detrimento de los destinatarios del tercio libre, completamente ajenos a la repudiación.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de junio de 1946 ha admitido paladinamente la compatibilidad de la repudiación de la herencia y la conservación de una donación otorgada como anticipo de legítima, aun cuando no penetra en el tema de su imputación no planteado en el recurso.

E) *Imputación de la dote obligatoria y de los anticipos de legítima que no supongan donación inter vivos o estén expresamente condicionados a su computación a la cuota del donatario.*

Otero Valentín (874) se preocupó de precisar el concepto, fin y naturaleza de los anticipos de legítima y de señalar sus diferencias y contactos con las donaciones. En este sentido, afirmó que: «dos anticipos son a cuenta de porciones legitimarias y las donaciones se realizan sin débito de ningún género; por esto, las donaciones siempre comprenden una liberalidad; y de los anticipos de legítima no puede decirse lo mismo, solamente hay liberalidad con relación al tiempo en que se verifican; y aún de estos los hay forzosos, como veremos, como la dote, que ni aun tal consideración merece», y «lo que hay de común, es que toda la donación, hecha entre herederos forzosos lleva implícita la presunción de ser un anticipo y a cuenta de la porción legitimaria; de manera, que la donación sirve de género, pero no puede confundirse con el tipo específico que comprende el anticipo».

Nosotros quisiéramos profundizar más esa dirección y señalar el dato que determina y hace patente la separación entre las donaciones inter vivos, aunque éstas sean de las imputables a la legítima, y los anticipos de legítima que no constituyan una donación, actual y absoluta, sino únicamente un adelanto de lo que al fallecer el causante deba corresponder a quien lo percibe.

El dato fundamental parece expresado en la siguiente antétesis: Las donaciones puras, aunque conforme al artículo 819 Código civil deben imputarse a la legítima del donatario, no se reducirán sino en cuanto resulten inoficiosas, conforme los artículos 636 y 654 C. c., y, por lo tanto, podrán imputarse —como luego veremos— en cuanto excedan de la legítima del donatario al tercio de libre disposición o al de mejora, como mejoras efectivas. Los anticipos de legítima, propiamente dichos, no suponen una donación pura y absoluta, sino, como su nombre indica, un anticipo de algo, que puede llegar o no llegar —y, en este caso, exceder, alcanzar,

(874) Op. cit., especialmente en las págs. 45 y 46

o no alcanzar—; de momento conferirán un goce y un disfrute temporal o un dominio resoluble, mientras su definitiva consolidación dominical dependerá de que a su hora se confirme el derecho legítimo y de que su importe no exceda del límite correspondiente a su carácter de anticipo con que fué otorgado.

Conviene señalar los principales supuestos de anticipos de legítima, propiamente dichos, entendidos en el sentido expresado.

a) *La dote obligatoria*.—Sin duda constituye uno de los supuestos más evidentes de anticipo de legítima y ciertamente no es una donación (875). Ello justifica la intencionada pregunta de Bosch y Fustagueras en el Senado (876): «Qué resultará si la legítima presunta excede de la legítima efectiva».

Sánchez Román (877) y Pérez González y Castán (878) entienden que el artículo 341 C. c. fija únicamente un límite mínimo y obligatorio a la dote —al contrario que el anterior Derecho castellano, que señalaba su límite máximo permitido— y que la dote forzosa, como la voluntaria, no tiene otro límite máximo que el de no exceder de lo que los dotantes puedan dar por testamento a la dotada (cfr. art. 636, en relación con el 1.339 y el 1.328). Lacruz Berdejo (879) precisa que el exceso de la dote constituida por los

(875) La dote obligatoria no es donación. Ese hecho evidente es olvidado por JAIME SÁNCHEZ BLANCO (*Sobre la naturaleza y la forma de la donación*, en «Información Jurídica», núm. 112, septiembre 1952, pág. 808) cuando, en los artículos 1.340 y ss. del C. c. pretende encontrar una prueba de la posibilidad de una obligación de donar, sin darse cuenta de que no es lo mismo una obligación de dar gratuitamente, que las leyes imponen en diversos casos, y la obligación de donar, que supondría una *contradictio in terminis*, porque la donación es un acto no sólo gratuito, sino también liberal. La liberalidad puede obedecer a *necessitatem impulsivam, decentem et convenientem*—supuesto de la antigua categoría de las *donationes ob causam*, según el criterio de GARCÍA SAAVEDRA—, pero no a necesidad jurídica—como erróneamente estimaron RODRIGO SUÁREZ y TELLO FERNÁNDEZ—, pues ésta afectaría al consentimiento y no sólo a la causa.

Para centrar la cuestión hay que distinguir dos facetas de la dote: a), como aportación al matrimonio, que el marido administra y usufructua—en la dote mestuada—o adquiere con obligación de devolver su valor—en la dote estimada—y que puede ser hecha por la mujer o bien por otra persona, en atención a ella, que incluso puede imponer su reversión una vez disuelto el matrimonio, y b), como donación que el marido u otra persona hace a la mujer por razón del matrimonio y que durante éste se ha de someter al régimen patrimonial antes referido. Ese segundo aspecto no es esencial a la dote. Hay dote sin donación cuando es la propia mujer la que aporta con carácter de dote bienes que ya la pertenecían anteriormente. También es dote sin donación la dote obligatoria en la que falta el «acto de liberalidad». Hay en ella un anticipo de legítima obligatorio, una atribución sucesoria anticipada y forzosa para el dotante.

(876) Discusión parlamentaria del Código civil. (Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura 1888 a 1889.) Madrid, 1891, pág. 33.

(877) Op. cit., vol. V, 1.º (2.ª ed., Madrid, 1912), págs. 719 y s.

(878) BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Notas al Derecho de familia de Kipp y Wolff*, vol. I (Barcelona, 1941), § 44, Apéndice, III, 2, página 312.

(879) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *La constitución del dote*, en «Rev. Jurídica de Cataluña», vol. LXXI (septiembre-octubre 1954), pág. 425.

padres sobre el mínimo obligatorio tiene la consideración de dote voluntaria.

Manresa (880) y Scaevola (881) y Otero Valentín (882), en cambio, opinaron que, en su día, «se determinará con exactitud la legítima y se procederá a completarla o a reducirla si fuese necesario», y que el artículo 1.341 sólo aspira «a un cómputo aproximado de aquello a que tendrá derecho indiscutible, por regla general, en el día de mañana la hija, para, en su vista, deducir una mitad que habrá de adjudicarse como anticipación de lo debido y a reserva y con la contingencia de ser devuelto, en parte, si no alcanza a tanto la participación legitimaria que se calculó, o todo, si esa herencia comprende más bien un pasivo que un activo, o teniendo como recibido y a cuenta de lo que aún reste por entregar del caudal hereditario que salió de la dote, aun cuando no se tome como punto de partida más que la legítima estricta, la que en el artículo 1.341 se llama *legítima rigurosa*».

Su razonamiento lo apoya Sánchez Román en el hecho cierto de que el artículo 1.341 señala un límite mínimo a la dote mientras el Derecho castellano fijaba su tope máximo permitido, pero se desvía al deducir una conclusión que excede del lógico resultado que puede desprenderse de la distinta posición del artículo 1.341 con respecto al Derecho anterior (883). La diferencia entre ambos regímenes no estriba en que determinen el máximo, uno, y el mínimo, el otro, de la dote voluntaria, sino: 1.º, en la concreción de la cuantía de la dote obligatoria, en el Código civil, frente a su indeterminación, en el antiguo Derecho, y 2.º, en la desaparición, en el Código, del tope máximo de la dote, menor que para las demás donaciones en el antiguo Derecho de Castilla. Son, pues, dos las antítesis y no se puede lícitamente confundirlas en una sola.

La cuestión a resolver no es la del tope máximo de la dote voluntaria, sino la determinación del carácter y naturaleza de la dote obligatoria, de la cual como corolarios debe deducirse: el destino de esta dote en caso de premoriencia de la dotada; su reducción, o no, en cuanto a su exceso sobre la legítima rigurosa de la dotada, si el causante no asignó a ésta mayor porción en su herencia, o con respecto a esa mayor porción, si se la otorgó.

No fueron resueltos estos problemas en la Sentencia de 4 de

(880) Op. cit., vol. IX (4.ª ed., Madrid, 1930), pág. 272.

(881) Op. cit., vol. XXI (Madrid, 1904), págs. 417 y s.

(882) Op. cit., pág. 89.

(883) Más inexacto es lo afirmado en la sentencia de 18 de diciembre de 1951 cuando dice que el artículo 1.341 pone un tope a la dote obligatoria «en términos similares a los establecidos anteriormente en el Derecho patrio, singularmente en las leyes 6.ª y 7.ª, título tercero, libro X de la Novísima Recopilación, como medio de evitar los daños y desórdenes a que puedan conducir las dotes excesivas». El evidente error de esta afirmación resulta de que el artículo 1.341 fija la cuantía de la dote obligatoria, pero no señala el límite máximo de la dote voluntaria como estaba fijado en la antigua legislación castellana.

julio de 1908 ni en la de 18 de diciembre de 1951. En la primera —de la que deberemos ocuparnos después al tratar de revocabilidad de las mejoras— porque, en el supuesto en ella contemplado, el donante había atribuido expresamente al exceso carácter de mejora consciente de que la dote pudiera exceder de la legítima. Ni en la segunda, por que se trataba de un caso en el cual el propio dotante expresó al otorgarla que la dote que constituía excedía de la cuantía obligatoria correspondiente según su fortuna. El Tribunal Supremo en esta Sentencia distinguió certeramente la cuantía obligatoria y el exceso voluntario de la dote constituida y les aplicó normas distintas, pues, declaró que el padre sólo estaba obligado a afianzar la primera. Distinción que nos confirma que la dote obligatoria no es una donación y que jurídicamente no cabe una obligación de donar. Lo que no resulta de uno ni de otro fallo es el destino que hubiere de corresponder al exceso de la dote obligatoria sobre la legítima rigurosa si el padre no le hubiera otorgado carácter de mejora, ni de dote voluntaria.

Su naturaleza de anticipo obligatorio de legítima, indudable a juicio nuestro, debería determinar en caso de premorir la dotada —al margen del artículo 812 C. c.— la reversión a los dotantes de los bienes objeto de la dote obligatoria, aunque la dotada dejase descendencia. Ahora bien, debido al carácter que imprime a la dote su causa matrimonial, entendemos que debe distinguirse según la dotada deje hijos del matrimonio en cuestión —en cuyo caso no debe haber restitución— o bien no deje ninguno o los deje de otro matrimonio, supuestos en los que estimamos procedente la reversión de la dote sin perjuicio de la legítima que, en su día pueda, corresponder en la herencia del propio abuelo dotante a los hijos que la dotada hubiese tenido de otro matrimonio.

También por el hecho de que no puede ser conceptuada como donación, sino como anticipo, la dote obligatoria deberá ser restituida a la herencia del dotante si la dotada hubiera sido justamente desheredada aunque no hubiese incurrido en causa suficiente para dar lugar a la revocación de donaciones por ingratitud.

Este mismo carácter de anticipo forzoso de legítima, debe dar lugar a la restitución del exceso de la dote obligatoria sobre la legítima rigurosa efectiva de la dotada, llegado el día de su determinación definitiva al fallecer el dotante, si aquella no tuviese que recibir otra cuota mayor en la herencia de éste, o a la devolución de su exceso con respecto a esa mayor cuota que le haya sido atribuida. La tesis defendida por Manresa, Scaevola y Otero nos parece exacta aplicada a este caso.

b) *La mera entrega material de bienes como anticipo de legítima*, si el causante la confirma en su testamento como tal anticipo, autorizará al que lo recibió a conservar los bienes recibidos en tal concepto imputándolas a su legítima, o a la mayor cuota que

el causante le hubiera señalado (884). El exceso evidentemente deberá ser restituído como cosa hereditaria ajena al legitimario tenedor.

c) *La donación «mortis causa», verificada con el carácter expreso de anticipo de legítima*, supone a nuestro parecer una nueva condición añadida a las que constituyen el presupuesto de la efectividad de estas donaciones (885).

Además de estar pendiente de que el donante no la haya revocado y de que el donatario no haya prenuerto, está condicionada en su eficacia y en su cuantía por la consolidación y extensión de los derechos legitimarios del donatario. Si éste es justamente privado de la legítima, por haber incurrido en causa probada de desheredación, la donación no se consuma, aunque el donatario no haya incidido en causa de revocación por ingratitud. Y, si la donación mortis causa excede de la legítima estricta del donatario, o, en su caso, de la mayor porción que le corresponda en la herencia del donante, la donación no se consuma en cuanto a dicho exceso.

Hay que distinguir, no obstante con todo cuidado, la preferente imputabilidad a la legítima y la condicionalidad que el carácter de anticipo atribuya a la donación mortis causa. La expresa asignación a una donación mortis causa del carácter de anticipo de legítima supone, a nuestro parecer, que el donante la condiciona, en su existencia, al derecho a la legítima del donatario y la limita al importe de ésta en su cuantía. La ausencia de tal asignación, si bien no empece la preferente imputación a la legítima de lo donado mortis causa (886), no la condiciona ni la constriñe en su existencia ni en su cuantía a la efectividad e importe de los derechos legitimarios del donatario. Se trata de un problema de interpretación de la voluntad del donante. Por lo tanto, en cada caso, las circunstancias concretas y los términos con que sea expresada la donación deberán determinar el carácter de mero anticipo o sólo la imputación preferente a la legítima de la donación mortis causa a la que no se otorgue carácter de mejora.

d) *En las donaciones inter vivos, por su carácter naturalmente irrevocables, no estimamos suficiente la expresión de su carácter de anticipo de legítima para que se produzcan los efectos de quedar condicionadas en su existencia y en su cuantía a los derechos legitimarios del donatario respecto al donante* (887). Creemos, por

(884) Debe exigirse la confirmación testamentaria a la asignación de los bienes entregados como anticipo, ya que si no puede darse carácter de donación *inter vivos* ni *mortis causa* a la asignación de los bienes anticipados; dicho anticipo sólo puede sostenerse como acto particional del testador al amparo del artículo 1.056 del C. c., que debe apoyarse en una disposición testamentaria conforme reiteradamente ha declarado la jurisprudencia. (Sentencias de 13 de junio 1903, 9 de julio de 1940 y 6 de marzo de 1945.)

(885) Ver nuestro citado trabajo *La donación mortis causa...*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», V. págs. 637, 721 y ss.

(886) Ver *La donación «mortis causa»...*, loc. cit., pág. 744.

(887) El Tribunal Supremo en S de 26 de junio de 1946 ha rechazado que

dicha razón, necesario que la condicionalidad de la donación resulte explícitamente y aparezca indudable que éste se supedita en su efectividad y cuantía a la legítima del donatario para que tales efectos se produzcan.

Esta misma solución fué aceptada por Calderón Neira (888). A su juicio no se trata de una cuestión de imputación sino de interpretación: «Todo se reduce a saber cuál fué la voluntad de los contratantes, y claro es que en la interpretación de una cláusula de esa naturaleza entra por mucho el objeto y el conjunto de lo estipulado en todo el contrato. Pero, por regla general, y aun en la duda de cuál fué la intención de los contratantes, no puede suponerse que esa cláusula contenga una limitación a la donación dentro de la legítima misma. Las palabras subrayadas («*que la donación se hace a cuenta de la legítima o con cargo a la legítima o como anticipo de legítima*») pueden muy bien entenderse, y ese será su sentido habitual, que se refieren a especificar que la donación no se realiza por vía de mejora, o aún pueden significar que la donación se hace a *cuenta de la vocación hereditaria*. Pero si, en efecto, apareciere que el propósito de los contratantes había sido limitar la donación a la legítima, no hay duda que la estipulación debe cumplirse y el donatario se verá obligado a devolver el exceso, en debido respeto a lo pactado».

En otro caso, la donación intervivos que no se otorgue con carácter de mejora será imputable a la legítima del donatario, pero no se revocará aunque éste sea desheredado si no ha incurrido en causa de revocación por ingratitud. Ni se invalidará en cuanto a su exceso sobre la legítima o cuota hereditaria del donatario, aunque a ella deba imputarse preferentemente, mientras no resulte inoficiosa, y sin perjuicio de que deba colacionarse, si por el donatario no hubiera sido dispensada su colación.

En síntesis, de lo expuesto podemos deducir la siguiente doctrina: Debe distinguirse entre las donaciones y los meros anticipos de legítima. Estos pueden no extrañar donación (como en la dote obligatoria o en los anticipos materiales), o bien, cabe que consistan en donaciones *inter vivos* o *mortis causa* condicionadas con dicho carácter de anticipo. Condicionalidad que en las intervivos debe ser expresada y en las *mortis causa* basta que se deduzca de la determinación de su carácter de anticipo (889). Tales anticipos

puede entenderse condicionada la donación otorgada como anticipo de legítima, a la que no atribuye otros efectos que los que resulten del art. 819 del Código civil, y cree «más lógico interpretar la referida cláusula en el sentido de que el donante trató de que quedara fuera de duda que con la donación no quería mejorar anticipadamente los derechos que en su día pudiera corresponder a sus hijos como herederos legitimarios, advertencia que realmente, dado lo dispuesto en el Código civil, era innecesaria».

(888) Loc. cit., págs. 132 y ss.

(889) La razón de esta diferencia, a juicio nuestro, deriva: 1.º De que la donación *inter vivos* repele toda condicionalidad no expresamente impuesta, mientras la condicionalidad insita en toda donación *mortis causa* puede per-

tienen condicionada su consolidación a la efectividad de los derechos legitimarios del que los recibió y se hallan pendientes de reducción en su exceso con respecto a la legítima o a la mayor participación que al receptor corresponda en la herencia del causante. Las donaciones no condicionadas como anticipos, son independientes de la efectividad de la legítima del donatario en la herencia del donante, sin perjuicio de la reversión prevista en el artículo 812 y de la revocabilidad por ingratitud que regula el artículo 648 C. c., y no pueden ser objeto de reducción mientras no sean inoficiosas conforme los artículos 636 y 654 C. c., sin perjuicio de su colación, en su caso. De las reglas de su imputación vamos a ocuparnos a continuación.

G) *Imputación de las donaciones otorgadas a favor de herederos forzosos.*

Penetramos en la cuestión medular que suscita la imputación en el Código civil. Por eso, para su resolución es esencial la determinación previa de varias cuestiones que frecuentemente han sido mal interpretadas por los autores posteriores al Código civil. De ellas nos hemos ocupado intensamente en otro trabajo (890) y, por eso, ahora nos vamos a limitar a enunciar nuestras conclusiones previas:

1.º La palabra mejora no tiene carácter sacramental. Debe distinguirse la mejora tácita de la mejora presunta. Sólo ésta ha sido suprimida por el artículo 625 del Código civil (891).

2.º No hay duda que algunos artículos del Código civil (verbigracia, los 823, 824, 828 y 829) emplean la palabra mejora en su acepción más restringida, es decir, limitándola a la otorgada con cargo al segundo tercio de la masa computada. Pero, contrariamente, en otros artículos (819, 825, 826, 827 y 830 a 833) hay que reconocer que dicho término es empleado latamente, en su sentido

lectamente entenderse agravada por las determinaciones expresadas por el donante. 2.º De la causa, que en las donaciones puras e *inter vivos* es la mera liberalidad mientras en las *mortis causa* se centra en la contemplación, por el donante, de su propia muerte. Esto hace que en éstas la asignación del carácter de anticipo de legítima deba entenderse injertado en la propia causa (es disposición *mortis causa* con asignación de cuota de imputación) mientras que en las *inter vivos* (liberalidades dispositivas irrevocables) no pasa de la zona jurídicamente inocua de los motivos si no se le asignó claramente eficacia de condición.

(890) *La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición*, en «Anales de la Ac. Matr. del Not.», vol. IX, págs. 10 y ss.

(891) *Op. cit.* (ver en las págs. 139 y ss. nuestras conclusiones). Al año siguiente de pronunciada nuestra conferencia (24 enero 1950) una figura de relevante prestigio, ROCA SASTRE en sus *Notas a KIPP* (op. y vol. cit., págs. 358 y ss.) se sumó a nuestra tesis, diferenciando las mejoras tácitas y las mejoras presuntas. El auténtico sentido del adverbio *expresamente* o del participio pasivo *expresa* confirman esta tesis. En efecto: en latín, *expressim* y *expressus* se refieren a una manifestación clara y cierta, pero sin requerir que ésta sea formalmente expresada, y en castellano suponen manifestaciones o palabras claras, pero no palabras ni frases sacramentales. Requieren claridad y certeza, mas no formulismo.

jurídicamente clásico, a la vez que meramente gramatical. Es decir, abarcando tanto la mejora hecha con cargo a la porción especialmente destinada a dicho fin o como las imputables a la parte de libre disposición o a ambas cuotas (892).

3.º Las partes en que contablemente se divide la herencia a efectos legitimarios no son cuotas incommixtibles, sino que sólo son realidades en el aspecto contable. No significan compartimientos estancos, sino únicamente límites a la libre disponibilidad del causante. Un tercio sólo es disponible por igual entre los hijos; de los otros dos tercios puede disponerse libremente entre los descendientes, y de estos dos tan sólo de uno se puede disponer a favor de cualquier persona. Los tercios de mejora y libre disposición, por lo tanto, sólo están separados irreductiblemente con respecto a donatarios o legatarios extraños. Tratándose de descendientes del causante desaparece toda barrera entre estos tercios y forman una masa unitaria disponible a no ser que el propio causante, al donar o al testar disponga su separación (893).

4.º El tercio de mejora es legítima colectiva de los descendientes frente a los extraños, pero no es legítima con respecto los descendientes entre sí (894). Ni siquiera es exacto decir que el se-

(892) Loc. cit., págs. 77 y ss. En la página 85 decíamos: «El artículo 819, párrafo 1.º, opone las donaciones en concepto de mejora a las imputables a la legítima. Para este precepto, tratándose de donaciones hechas a los hijos, no cabe otra alternativa. Y, por lo tanto, o se emplea en él la palabra mejora—aplicada a las donaciones—en un sentido amplio, abarcando toda donación no imputable a la legítima—y no en su acepción restringida de donación con cargo al segundo tercio—o bien su mismo tenor literal excluye la posibilidad de imputación al tercio libre de las donaciones otorgadas a favor de los hijos. Este segundo término de la alternativa es absurdo, por eso debemos rechazarlo. No nos queda, por tanto, más que aceptar el primero.» Y en la página 87 añadíamos: «Sobre esta base debe interpretarse el artículo 825 del Código civil. El artículo 819 se ocupa de la imputación de las donaciones que no tengan concepto de mejora; el artículo 825 determina cuáles tienen ese último carácter. Para el 819, *sensu contrario*, tienen carácter de mejora aquellas donaciones que no se imputan a la legítima del donatario; el artículo 825 dice que este carácter no puede presumirse. El término mejora es, pues, usado en igual sentido e idéntica extensión por ambos artículos.» Bastantes años antes, BONEL (op. y vol. cit., art. 823, pág. 438) ya lo había observado: «Como no es de presumir que no estando vedado, como no está, puedan disponer los padres como mejoras no sólo de la tercera parte destinada a ellas por la ley, sino de la otra tercera parte de libre disposición. De aquí el que sustentamos que realmente las mejoras pueden consistir en algo más de una tercera parte de la herencia si así plugiera a los padres.»

(893) Loc. cit., págs. 65 y ss., donde detenidamente lo hemos estudiado y creemos haberlo demostrado. Esta misma tesis la habíamos apuntado anteriormente en nuestro trabajo *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*. («Rev. Der. Priv.», vol. XXXII, pág. 241.)

(894) Los clásicos castellanos aceptaron unánimemente esta opinión. Véase, verbigracia, GREGORIO LÓPEZ (glosa a las palabras *«la manda»* de la ley 2.ª, tit. IX, Sexta Partida): «Et ideo ne fiat praejudicium filiis in legitima, legatarius vel donatarius tertiae partis, vel quintae bonorum in effectu tenetur ad debita...» (obsérvese que opone la legítima al quinto y al tercio); DIEGO CASTILLO (op. cit., lex XXI, núm. 5, fol. 105 vto.): «et sic legitima et melioratio in tertio et quinto ponuntur ut diversa, ergo non sunt idem, et diversitas nominum,

gundo tercio, es legítima cuando no es mejora (895). Lo es siempre frente a extraños. No lo es nunca entre descendientes. Una cosa es que el segundo tercio se reparta por partes iguales, como el primero, cuando el testador no haya dispuesto mejoras a su cuenta, y otro cuento es afirmar que por eso sea legítima, como el primero, incluso entre los descendientes. En realidad, no deja por eso de ser una parte disponible a favor de los descendientes de la que no ha dispuesto el causante.

La tesis de la separación de tercios y de la incommixtibilidad de su respectivo contenido, ha dado especialmente lugar a inter-

arguit diversitatem effectus»; PALACIOS RUBIOS (*Repetitio...*, tercera núm., § 22, núm. II, folio 153, col. 3): «Hodie omnia bona patris sunt legitima filiorum excepta quinta parte quam poterit cui voluerit donare... excepta etiam tertia parte residui quam unum ex filiis potuit praelegare»; RODRIGO SUÁREZ (op. cit., *Declaratio legis regni*, § 6 queritur, núm. 1, pág. 549): «tertia, quae respectu filiorum non est legitima, cum poterat pater unum meliorare, et alios excludere»; COVARRUBIAS (*Variarum...*, lib. I, cap. XIX, núm. 4, pág. 89, vol. II); *Opera omnia*: «Sic etiam respectu descendentium non est nec censetur legitima nec quinta, nec tertia bonorum pars, in quia melioratio fit»; TELLO FERNÁNDEZ (op. cit., lex XIII, núm. 2, fol. 192); JUAN GUTIÉRREZ (op. cit., Lib. II, Quaest. LXII, núm. 1, pág. 139): «Attento iure nostro regio omnia bona parentum sunt legitima filiorum excepto tertio, de quo inter eosdem liberos possunt disponere, et quinto de quo etiam inter extraneos»; MATENZO (op. cit., lib. 5, tit. 5, lex II—Tauri 18—, glos. III, núm. 2, fol. 146): «Tertium sit legitima filiorum... est tamen legitima voluntaria, respectio patris, potest siquidem eam uni, vel alteri filiis, vel nepotibus assignare, eos meliorando»; ACEVEDO (op. y vol. cit., Lib. V, tit. VI, ley 3—19 de Toro—, núm. 8, pág. 160): «Nam tertiam bonorum... inter filios et descendentes nec dicitur, nec reputatur legitima... esse tertium legitimam... respectu extraneorum non vero descendentium».

PEDRO NOLASCO DE LLANO (*Compendio a los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez—3.ª ed.*, Madrid, 1795—, pág. 78) sintetiza la opinión de Gómez (*Ad leges Tauri...*, lex XVIII, núm. 1, pág. 123), diciendo que «esta tercera parte es legitima electiva entre ellos» (los descendientes). SANCHO LLAMAS Y MOLINA (op. cit., ley XVIII, núm. 39, págs. 341 y sigs.) resume que «aunque el tercio de mejora sea legítima de los hijos respecto de los extraños... el tercio no es legítima de los hijos respecto los nietos y descendientes». Y BENTO GUTIÉRREZ (op. cit., vol. III, pág. 527), hablando respectivamente de la legítima lata y de la diminuta o reducida, dice que «los hijos pueden recibir la primera, pero sólo tienen derecho a la segunda».

La tesis de que el segundo tercio no es legítima respecto los descendientes entre si ha sido sostenida brillantemente por JUAN GARCÍA GRANERO (*Estudio dogmático de la mejora*, en Rev. Dr. Priv., XXXIII, págs. 808 y ss.), y a ella nos hemos adherido decididamente (*La mejora tácita...*, loc. cit. pág. 24 y siguiente).

(895) En este sentido inexacto, JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO (*El acrecimiento en la mejora*, en «Estudios de arte menor de Derecho sucesorio», en Anales de la Ac. Matr. del Not., vol. II, pág. 542), ha dicho con ingenioso juego de palabras: «La mejora sólo es legítima cuando el testador no ha dispuesto de ella; cuando no es mejora.» Y, más condensadamente, LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (*La cuota viudal y su regla fija*—Madrid, 1947—, pág. 97): «El segundo tercio sólo es legítima cuando no es mejora.»

La verdad es que el segundo tercio siempre es legítima *erga extraneis* y nunca lo es *intra liberis*, hayanse o no dispuesto mejoras a su cuenta, ya se atribuya desigualmente o bien se reparta con la legítima estricta por partes viriles. Del mismo modo que no se convierte en legítima el tercio libre por el hecho de atribuirse a los legitimarios o por no haberse dispuesto del mismo.

pretaciones erróneas, tanto más grande cuanto más rígidamente y de modo más tajante se ha querido mantener esa separación.

Repasaremos y criticaremos brevemente las más importantes:

a) Navarro Amandi (896) y Pérez Ardá (897) llegaron a afirmar que las donaciones otorgadas a los hijos se imputan a la legítima o en la mejora y nunca en el tercio libre, reservado a extraños. Opinión que se apoya literalmente en los dos primeros párrafos del artículo 819 y en el artículo 825, dando a la palabra mejora su sentido más restringido.

Esa interpretación no puede resistir un examen sistemático de la cuestión, ni logra sostenerse después de leído el párrafo 3.º del propio artículo 819, que sólo ordena la reducción de las donaciones en cuanto «fueren inoficiosas o excedieren de la porción disponible». Y, conforme al artículo 636, en relación con el 808 del Código civil, puede disponerse a favor de los hijos y descendientes legítimos de todo el haber excepto de las participaciones correspondientes a los demás legitimarios.

b) Manresa (898), Sánchez Román (899), Morell (900), Cal-

(896) Op. y vol. últ. cit., art. 819, págs. 311 y sig. Dice así: «1.º donado al hijo, ¿podría nunca incluirse en el tercio de que el padre puede disponer en favor de extraño? Sería absurdo. Las donaciones hechas a los hijos y descendientes, o se hicieron en concepto de mejora (véase el art. 825) o no tienen semejante carácter; en el primer caso, serán reducibles si exceden del tercio de mejora; en el segundo, lo serán si exceden de su porción legítima, estricta o diminuta.»

(897) Loc. cit., pág. 222. «Y opino de este modo—afirma—basado en que las donaciones hechas a los hijos se imputan en la legítima (819) o en la mejora (825) y nunca en el tercio libre reservado a extraños (819), a cuyo tercio vendrían a imputarse indebidamente, siguiendo el criterio contrario; en que vendría a privarse ilegalmente al testador de la facultad de legar a extraños con cargo a esa parte libre, sin otro motivo que el haber alargado la mano al donar a sus descendientes y contradiciendo su voluntad, elocuentemente manifiesta al legar a un extraño y no dispensar de colación al donatario.»

(898) Op. cit., vol. VI, pág. 414.

(899) Op. cit., vol. VI, 2.º, pág. 960. Acepta que pueda subsistir la diferencia de más o exceso del importe de la donación comparada con el de la legítima sólo en dos casos: «cuando le haya dado el concepto expreso de mejora y no exceda del segundo tercio destinado a ella y de lo que le corresponda en el primero por legítima, o sin dárselo, quede del caudal hereditario cantidad suficiente para cubrir el exceso de la donación respecto a la legítima y el testador lo haya previsto disponiendo de aquella parte en que la donación exceda de la legítima del donatario a título de legado, ya no haciéndolo así, aunque hubiera dispuesto de la parte libre a favor de otros.»

(900) Mejoras, loc. cit., págs. 285 y sigs. Afirma que las donaciones a favor de los hijos se imputan primero a su legítima, después al tercio libre, y en lo que exceda no hay más remedio que considerarlas inoficiosas con arreglo a los arts. 636 y 1.036: «Lo que exceda de la legítima se imputa a ese tercio libre, porque puede darse a un extraño y con más razón a un hijo.» Y en otro de sus artículos (*Donaciones a favor de herederos forzosos*, loc. cit., pág. 260), añade: «La ley sólo desea que el donatario que resulte heredero forzoso deba imputar su donación a la legítima, pero no que el exceso, si lo hubiere, no pueda imputarse en el tercio libre.»

derón Neira (901) y Romero Vieitez (902) admiten que el exceso sobre la legítima del donatario que arrojen las donaciones hechas sin carácter expreso de mejora a favor de algún hijo, deberá imputarse al tercio libre (sin perjuicio en su caso del deber de colacionar), pero nunca, como mejora al segundo tercio.

Tampoco estos autores valoran suficientemente la expresión de «*en cuanto fueren inoficiosas o excedieren la porción disponible*», empleada en el § 3.º del artículo 819, en relación con los artículos 636 y 808 C. c. Ateniéndonos a su exacto sentido, el exceso de lo donado sin carácter expreso de mejora debe imputarse sucesivamente a la legítima del donatario, tercio libre y de mejora, salvando así su eficacia en cuanto no resulte inoficioso. Solución a la que han llegado Jaén (903), deduciéndola del artículo 636 C. c., y Roca Sastre (904), aplicando análogicamente a las donaciones lo que el artículo 828 dispone para los legados.

c) Navarro Amandi (905), Mucius Scaevola (906), Sánchez Román (907), Lacoste (908), Pérez Ardá (909), Clemente de Die-

(901) Loc. cit., pág. 124.

(902) Op. cit., pág. 113. Considera imputable al tercio libre, pero no al de mejora, el exceso de las donaciones otorgadas como anticipo de legítima, o sin expresar que tengan el carácter de mejora o estén excusadas de colación.

(903) VICENTE JAÉN (*Derecho Civil*—Madrid, 1928—, pág. 791) planteó en estos términos la cuestión: «Puede darse el caso que la dote o donación, por su cuantía, absorba la totalidad de lo que por legítima correspondía a la dotada o al donatario y además la totalidad del tercio de libre disposición, y en este caso hay que resolver la cuestión propuesta en uno de estos sentidos: computar el exceso en el tercio de mejora, lo que parece opuesto a lo establecido en el repetido art. 825, o considerar, por respecto a ésta, la dote o donación *propter nuptias* inoficiosa, a pesar de lo dispuesto en el art. 636, en donde se autoriza a dar por donación lo que se puede dar por testamento. Ante este dilema creemos que, en el caso que nos ocupa, la dote o donación *propter nuptias* se debe traer en la parte necesaria para computarla en el tercio de mejora, pues otra cosa sería prescindir de un modo absoluto y violento de la facultad que expresamente corresponde a todo donante, limitándola de un modo contrario al espíritu de la ley por un exagerado respeto al art. 825, el cual, indudablemente, fué redactado sin pensar en este serio problema que la práctica puede suscitar.»

(904) Notas al Kipp (vol. cit., Apéndice: *La Mejora*, I, pág. 300, en relación pág. 359 in fine) afirma: «Cuando sea imputable a la legítima el legado o donación otorgada por los padres a alguno de sus hijos o descendientes, si el legado o donación excediere del valor de la cuota legitimaria del legatario o donatario, tal exceso del legado o donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre, entendido también esto último del mismo modo antes indicado.» Es decir: que las palabras <no quepa> hay que entenderlas no en el sentido de que el importe del legado (o de la donación) exceda del valor del tercio libre, «sino en el de que no quede en este tercio libre lugar alguno o suficiente para poder situar el legado, por haberlo agotado en todo o parte el causante.»

(905) Op. y vol. cit., art. 819, pág. 311, in fine.

(906) Op. cit., vol. XIV, págs. 582 y sigs.

(907) Op. cit., vol. VI-2, págs. 060 y 1205.

(908) Op. cit., pág. 282.

(909) Loc. cit., pág. 222.

go (910), Castán (911), Romero Vieitez (912), Ferrara (913), Fuenmayor (914) y, muy a regañadientes, Uriarte Berasátegui (915), creen que las donaciones o legados en concepto de mejora sólo pueden imputarse al segundo tercio y en cuanto no cupiera en éste a la legítima del mejorado, y que en el exceso deben ser reducidas. Esta opinión se apoya principalmente en el artículo 829 del Código civil, que dispone que si el valor de la mejora de cosa cierta excediere del tercio destinado a mejora y de la parte legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

En cambio, Bonel (916), Manresa (917), Morell (918), Valverde (919) y Roca Sastre (920), opinan que dicho exceso sobre el segun-

(910) Op. y vol. cit., pág. 241.

(911) Op. y vol. cit. (ed. 1939), pág. 323.

(912) Op. cit., pág. 113.

(913) *El sistema de la legítima y de la mejora en el Derecho español*. VI Conferencia, la que puede hallarse una rescensión debida a JERÓNIMO GONZÁLEZ en la Rev. Crít. de Dr. Imob., vol. V, pág. 65.

(914) *La mejora en el sistema sucesorio español* (Coimbra, 1946), pág. 34. La base de esa opinión, en FERRARA y en FUENMAYOR, se halla en su consideración del acto de mejorar como una simple *asignación*, que no alcanza la categoría de *disposición*. FUENMAYOR llega a encuadrar el art. 829 dentro de la órbita del 1.056, del mismo modo que ORTEGA PARDO hace con el art. 815.

(915) URIARTE BERASÁTEGUI, *El art. 827 del Código civil*, en Rev. Crít. de Dr. Imob., vol. V, pág. 333. Tan a regañadientes acepta esa tesis, que califica al art. 829—base de la misma—de <monstruoso>.

(916) Op. vol. cit., art. 829, pág. 445, donde explica: «El Proyecto de Código de 1851 proponía que el que hace la mejora pueda señalarla en cosa cierta, con tal que su valor no exceda de la medida legal de dicha mejora, y el Proyecto de 1882, en su art. 814, proponía lo mismo que propone hoy nuestro Código, si bien añadía al valor del tercio de mejora, y al de la legítima el de otro tercio disponible; mas esto debe entenderse ya aún cuando nada se dijese sobre el particular..., porque si de este tercio puede disponer libremente entre extraños, mejor podrá disponer entre sus herederos legítimos».

(917) Op. cit., vol. VI, págs. 414 y sig. y 439 y sigs. En la pág. 415 explica que: «como dicho exceso viene a constituir una donación, desde luego imputable ya al tercio libre, habrá de tenerse presente lo dispuesto en los artículos 820 y 656, y si por su fecha fuese preferente la donación, perjudicando a los partícipes extraños del tercio libre, dicho exceso se colacionará a los efectos del art. 1.035, siempre, es claro, que concurren a la herencia otros hijos o descendientes, pues si el mejorado fuese heredero único, a él solamente correspondería en el caso expuesto el exceso de la donación». Y, en la pág. 440, concede que: «en el caso de tratarse de cosa determinada, es, sin embargo, imprescindible la aplicación del art. 829».

(918) *Mejoras*, loc. cit., págs. 578 y sig.

(919) Op. y vol. cit., págs. 290 y sigs. Apoya su opinión en el Derecho anterior al Código civil, aunque aplicando el art. 829 solamente a la mejora de cuota con asignación de cosa cierta o determinada, por lo cual deduce «sensu contrario» que dicho mejorado de cuota con asignación de cosa cierta, en caso de que el valor de ésta no alcance el de la cuota, tendrá derecho a que la diferencia se le satisfaga en otros bienes de la herencia.

(920) Notas al Kipp., op. y vol. cit., Apéndice. *La Mejora*, IV, pág. 362. Concretando el ámbito de aplicación del art. 829 C. c., distingue: «Este artículo 829 tendrá exacta aplicación cuando el valor del tercio libre haya sido dispuesto totalmente mediante donaciones o disposiciones testamentarias, o

do tercio y la legítima del mejorado puede imputarse al tercio libre, en cuanto quepa en éste. Excepto, según Manresa, si se trata de una mejora de cosa cierta, o bien, según Valverde, tratándose de mejora de cuota con asignación de cosa cierta o determinada, o según Roca Sastre, si el tercio libre ha sido totalmente dispuesto mediante legados o disposiciones testamentarias, o si la mejora es de cuota con asignación de cosa determinada o de cosa cierta con determinación de cuota.

Como luego veremos, al poner en relación los artículos 819 y 825, si no se quiere caer en la absurda interpretación del 825 que sostuvieron Navarro Amandi y Pérez Ardá, hay que aceptar que en ambos la palabra mejora se usa latamente. Aquel absurdo solo se salva, como notó Bonel (921) y nosotros en anterior ocasión (922), si entendemos que la palabra mejora es usada latamente en el artículo 825 abarcando tanto la hecha con cargo al segundo tercio como la verificada a los descendientes para imputarla en el tercer tercio. Cuando se dispone a favor de cualquiera de los hijos coinciden totalmente la porción disponible a que alude el artículo 819 y la susceptible de ser distribuido entre ellos como mejora a que alude el artículo 825, porque para ellos una y otra abarcan igualmente dos tercios.

En nuestra repetida conferencia del 24 de enero de 1951 en la Academia Matritense del Notariado, nos ocupamos ampliamente de la interpretación del artículo 829, partiendo de su raíz histórica (923). Allí afirmamos que este precepto se refiere tanto a la mejora de cuota con asignación de cosa determinada, como a la mejora de cosa cierta con determinación de cuota (924), pero no a la mejora de cosa cierta sin determinación de cuota. El problema fundamental radica en resolver si en el régimen del Código civil,

cuando el causante ha hecho una mejora de cuota con asignación de cosa determinada o una mejora de cosa determinada con señalamiento de cuota; en el primer caso, el abono de dinero por exceso de atribución deberá efectuarlo el mejorado a los destinatarios del tercio libre; en el segundo caso, habrá de abonarlo a la herencia, o sea a todos los interesados en la herencia.»

(921) Op. y vol. cits., art. 825, págs. 440 y sig. «Explica que en el Proyecto de 1851, «en su art. 657 se contenía un segundo apartado proponiendo que para ser válida la declaración había de expresarse si la mejora se hacía en la parte disponible a favor de extraños, o en la parte de la legítima disponible entre hijos, o en ambas, lo cual no dejaba de ser muy atinado, por cuanto si, según hemos insistido en sostener, no es sólo la mitad de la porción correspondiente a la legítima, o sea una tercera parte de la herencia, la que puede disponer el testador para mejorar a alguno o algunos de sus hijos, sino que también de la otra tercera parte de libre disposición, bueno sería que se le hubiese obligado al testador a expresar cuanto aquél proyecto proponía.»

(922) *La mejora tácita...*, loc. cit., págs. 85 y ss.

(923) *La mejora tácita...*, loc. cit., págs. 75 y ss.

(924) Así lo habían entendido también NAVARRO AMANDI, op. y vol. cits., artículo 829, pág. 330; BURÓN, op. y vol. cits., núm. 1.051, págs. 91 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, op. y vol. últ. cits., pág. 1205, y CASTÁN, op. y vol. cits., pág. 223, aunque al parecer, aplican este artículo 829 igualmente a la mejora en cosa determinada sin determinación de cuota.

la sola expresión de mejorar, aun sin señalar la cuota concreta, presupone la designación del segundo tercio como cuota máxima, si no resulta otra cosa de la disposición del mejorante. Nos inclinamos a creer lo mismo que entonces, que como quiera que el Código civil no usa siempre la palabra mejora en su nueva y más limitada acepción, resultaría excesivamente riguroso entender, apoyándose en el artículo 829, que el mero empleo por el testador o por el donante de la palabra mejora, presuponga la determinación del tercio como cuota máxima. Se trata de un problema de interpretación de la voluntad del mejorante, en el cual la determinación de la cuota creemos que no puede presumirse por el simple uso del sustantivo *mejora* ni del verbo *mejorar* (925).

d) Manresa (926), Morell (927), Ferrara (928) Romero Vieitez (929), Fuenmayor (930), así como Uriarte Berasátegui (931) —éste contrariando su personal criterio, pero inclinándose ante el que creía criterio legal—, han entendido que la dispensa de colación no puede franquear los límites entre el tercio de libre disposición, al que deben imputarse, y el de mejora, al cual no pueden invadir si no se les otorgó formalmente carácter de mejora.

(925) No obstante, para evitar toda duda, conviene precisar, en toda mejora de cosa cierta, si ésta se hace con cargo al tercio de mejora exclusivamente, a cuenta de los dos tercios de mejora y libre disposición, o limitada a otra cuota determinada especialmente.

(926) Op. cit., vol. VI, pag. 562, donde expresa que la dispensa de imputación puede hacerse con orden de imputación al tercio libre o al tercio de mejora; pero que si no se dice que se dispensa su colación la imputación de la donación se verificara al tercio libre, por no ser presumible el carácter de mejora.

(927) *Donaciones a favor de herederos forzosos*, loc. cit., págs. 270 y ss.

(928) Conf. y loc. cit., pag. 65, dice: «Mientras el donante con dispensa de colación alcanza a la parte disponible y hace una verdadera liberalidad, el ascendiente mejorante no hace una liberalidad sino un ordenamiento de favor entre sus herederos legitimarios, en virtud del poder autónomo que para esto le corresponde por su autoridad de padre, y para la satisfacción de finalidades ideales y familiares que trascienden del fuero de los intereses económicos.»

(929) Op. cit., pag. 113. Dice que la donación no colacionable «se computa a en el tercio libre, no se traerá a partición entre los herederos forzosos y en lo que excediere se podrá reducir» (arts. 1.036 y 819).

(930) *La mejora en el sistema...* cit., págs. 34 y ss.

(931) Loc. cit., págs. 34 y ss. Descorazonado se pregunta: «¿Es que los mandatos de mejora y no colación, cuyo espíritu común en la intención del ascendiente es que al donatario no se le descuente el importe de la donación en la herencia, aunque por ello sea mayor o mejor heredero, se han convertido por imperio de la ley en *ordenes de imputación a tercios*?» Reconoce que, de ser así, las palabras <mejora> y <no colación> habrán de emplearse con sumo cuidado, pues no responde aquella a su significado gramatical, y ésta a su concepto jurídico, sino a un contenido matemático legal contrario en algún caso a los principios informantes del espíritu de las instituciones, para cuyo desarrollo se establecieron los tercios de la herencia. Y acaba confesando—con el dolor de quien siente su propia impotencia ante la que estima injusticia y antijuridicidad de la ley— que solo ha hallado una contestación: «La ley, con fines especiales, ha impuesto un artificio de tercios de herencia, y los ha desenvuelto con tan escasa sutileza jurídica..., que hace incompatibles los tercios de mejora y libre». Con lo que al testador «le doblará y partirá en dos su voluntad anulándola como ha dividido y separado ambos tercios de la herencia».

Esta opinión se alimenta y tiene sus raíces en varios erróneos principios —discutidos por nosotros, como antes hemos recordado—, tales son: los de la separación de tercios como cuotas incommixtibles; la traducción de *expresamente* por *formalmente* cuando se trata de mejorar, y el concepto restringido al que se quiere reducir el significado de esta palabra.

Afortunadamente muy prestigiosos autores han rechazado las pretendidas fronteras entre el tercero y el segundo tercio cuando se trata de imputar las donaciones dispensadas de colación. Así, Mucius Scaevola (932), De Buen (933) y Roca Sastre (934) aceptan la posibilidad de imputar al segundo tercio las donaciones dispensadas de colación en cuanto no quepan en el tercio de libre disposición.

Como ha sostenido Uriarte Berasátegui (935): «La dispensa de colación es sustancialmente una mejora; la colación es una operación mediante la cual el heredero donatario toma en la herencia de su ascendiente menos bienes que los demás descendientes —los equivalentes a la donación—; por su dispensa toma iguales bienes y automáticamente es mejor heredero que ellos, pues resulta mejorado con los bienes de la donación que no ha colacionado». Por lo cual pregunta: «¿qué razón jurídica fundamental existe para que habiendo el ascendiente ordenado clara y sencillamente sin referencia alguna a los tercios de la herencia, que no se le descuente al donatario descendiente el importe de la donación en su herencia —dispensa de colación— la ley rechace y deje incumplida esta orden porque la donación exceda del tercio libre? Podría responderse: la intangibilidad para el ascendiente de los tercios de legítima y mejora. Mas no, eso será respecto de extraños, pero, con relación a sus descendientes, no es intangible el ter-

(932) Op. cit., vol. XVIII, art. 1.036, ed. 1901, pág. 143. Reconoce que «el fundamento de la dispensa de colación es el mismo que el de la mejora, cuando el donante sea un padre y los donatarios hijos. Todo acto de dispensa de colación es una verdadera mejora disfrazada, y tan sostenible en principios y en las leyes como lo es la facultad que al padre se le concede de premiar méritos, atenuar desigualdades y recompensas, servicios en favor de uno o varios de sus hijos, que es lo que toda mejora supone».

(933) Op. y vol. cit., pág. 426, dice que: «Cuando el donatario esté expresamente liberado por el causante de la obligación de colacionar, tal liberación equivaldrá a la voluntad expresa de que la donación hecha no se considere como anticipo de legítima, sino como mejora.»

(934) Notas al Kipp, vol. cit., ap. *La Mejora*, I, pág. 359. «Cuando los padres—dice—han otorgado una donación a alguno de los hijos o descendientes legítimos, excluyéndola de la imputación a la legítima—o lo que es lo mismo, disponiendo que la misma no se colacione cuando el donatario resulte coheredero—, entonces dicha donación será mejora en cuanto no quepa en la parte libre, entendiendo esto último de igual manera que en el supuesto anterior» (es decir que *no quepa* en la parte del tercio libre, que el causante no haya aplicado «con donaciones o legados o con instituciones de heredero»). Y concluye: «Evidentemente, al disponerse la no imputación o la no colación hay que pensar que la voluntad de los padres fue que el donatario recibiera la donación además o aparte de su legítima».

(935) Loc. cit., págs. 334 y ss.

cio de mejora, ya que del mismo puede disponer el ascendiente a favor del descendiente que desee. Tampoco podrá razonarlo la presunción de voluntad, pues la orden terminante de no colacionar excluye toda presunción contraria».

Sintetizadas las distintas posiciones de la doctrina en torno a las principales cuestiones que plantea la imputación de las donaciones otorgadas por el causante a sus herederos forzosos, vamos a plantear el tema conforme al plan que, histórica y dogmáticamente, aconseja la diversidad jurídica de la imputación *ex se* y la colación. Por ello, trataremos sucesivamente, primero de la imputación de las donaciones otorgadas como anticipo de legítima y como mejora, y, después, de las que tengan carácter colacionable y de las dispensadas de colación (936). La diferencia existente entre las antítesis *donaciones imputables a la legítima—donaciones con carácter de mejora* y la otra antítesis *donaciones colacionables—donaciones dispensadas de colación*, estriba en la diversidad de los linderos existentes en cada una de las respectivas masas en que se acotan y encasillan las donaciones que determinan una y otra antítesis.

La masa a la que se aplica la antítesis: *donaciones imputables a la legítima—donaciones en concepto de mejora*, que es la total masa idealmente formada con la computación de lo relicto líquido y de todo lo donado, está deslindada legalmente con límites mínimos y máximos por el artículo 808 C. c. En cambio, la masa a que se refiere a *la colación o la no colación*, carece de una genérica fijación de linderos previos. Separa como antagónicos la masa partible por los herederos forzosos en proporción a sus cuotas hereditarias y los demás bienes, es decir, los especialmente legados o donados y los correspondientes a herederos extraños, que quedan fuera de aquélla. Para constatar la diferencia de criterio en uno y otro caso debemos fijarnos en estos datos: La legítima tiene como límite mínimo individual entre los hijos la parte viril de un tercio y como límite global frente a extraños dos tercios del haber computado; y la parte disponible a favor de los hijos y descendientes tiene como límite máximo el de dos tercios, además del límite mínimo representado por su respectiva legítima estricta. En cambio, la masa a la que se imputan las donaciones colacionables puede exceder de los dos tercios, así como inversamente la suma de donaciones y legados no colacionables puede también exceder de dichos dos tercios, con tal de que no se lesione ninguna legítima (937).

(936) La misma doctrina que exponremos para las donaciones entre vivos la creemos de aplicación a las *mortis causa*, como defendimos en nuestra conferencia *La donación mortis causa...*, loc. cit., X, III, págs. 742 y ss.

(937) Para comprender esa última afirmación vamos a explicarla con un ejemplo: El causante dejó cuatro hijos y una fortuna líquida de 350, a la que a efectos de la computación para cálculo de las legítimas debe agregarse contablemente el importe de dos donaciones: una de 50 hecha con dispensa de colación a su

Lo opuesto a la legítima es la parte disponible (variable según ésta se refiera a descendientes o a extraños); y lo contrario a la masa partible en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias entre los herederos forzosos que efectivamente lo sean, es el cúmulo de legados y donaciones que no se colacionan. Se trata claramente de dos antítesis distintas, y por eso mismo debemos examinarlas separadamente.

a) *Donaciones imputables a la legítima y donaciones en concepto de mejora.*

Esta antítesis aparece planteada en sus verdaderos términos en el artículo 819, § 1.º, que opone las donaciones en *concepto de mejora* a las *imputables a la legítima*. Para este precepto, tratándose de donaciones hechas a los hijos, no cabe otra alternativa. En él, por lo tanto —como ya hemos expresado en otra ocasión (938)—, o bien la palabra mejora es empleada en sentido amplio, abarcando toda donación no imputable a la legítima y no en su sentido restringido de donación con cargo al segundo tercio; o de lo contrario, su mismo tenor literal, excluiría la posibilidad de imputar al tercio libre las donaciones otorgadas a favor de los hijos. Este segundo término de la alternativa es absurdo, y por eso debemos rechazarlo. No nos queda, por tanto, más que aceptar el primero, es decir, que el artículo 819 habla de las mejoras en el mismo sentido amplio que las leyes de Toro y el Proyecto de 1851. Cosa que nada sorprende, aunque otros artículos la empleen en

hijo A y otra de 200 sin tal dispensa a otro hijo B. En total 600. Su testamento dispuso un legado de 200, en pleno dominio a favor de su viuda, otro de 50 a su hijo C en pago de su legítima e instituyó herederos por terceras partes iguales a sus otros tres hijos A, B y D. El segundo repudió la herencia y así quedó exento de colacionar los 200 de su donación. De este modo la masa partible, conforme a sus cuotas hereditarias, entre los dos herederos forzosos restantes que han llegado a serlo, es sólo de 100 y, por tanto, inferior a los 200, que constituyen los dos tercios de los 600 computados. Y, sin embargo, no hay lesión de ninguna legítima. En efecto: A recibe 100, esto es, 50 por su donación no colacionable y otros 50 por su cuota hereditaria, aplicada a la masa partible; B conserva los 200 de su donación, puesto que no resulta inoficiosa y no se lesionan las legítimas de los demás herederos forzosos, ya que C y D, éste por su cuota hereditaria y aquél por su legado, reciben 50 cada uno; esto es, el importe de sus respectivas legítimas estrictas.

Vemos en este ejemplo que, con respecto a 600, la legítima estricta es de 200, la cuota disponible libremente 200 y la disponible entre los hijos 200. La primera cuota queda cubierta, pues ninguno de los cuatro hijos recibe menos de 50. Quedan 400 que se reparten así: A, por donación, 50; B, por el exceso de su donación respecto su legítima estricta, 150, y la viuda los restantes 200, que no rebasan la cuota de libre disposición.

En cambio, también vemos cómo la masa partible (en proporción a sus respectivas cuotas) entre los dos herederos forzosos instituidos y aceptantes, sólo asciende a 100, mientras los bienes legados y donados que no colacionan (unos imputables a las legítimas y otros no), suman 500. Y pese a esto no ha habido lesión alguna en las legítimas individuales ni en la colectiva de los hijos.

(938) *La mejora tácita*.... loc. cit., pág. 85.

sentido restringido, sabida la habitual imprecisión terminológica de nuestro Código civil.

Sobre esta base debe interpretarse el artículo 825 del Código civil. El artículo 819 se ocupa de la imputación de las donaciones que no tengan carácter de mejora; el artículo 825 determina cuáles lo tienen. Para el 819, *sensu contrario*, tienen carácter de mejora aquellas donaciones que no se imputan a la legítima del donatario; el 825 dice que este carácter no puede presumirse. El término mejora es usado en igual sentido e idéntica extensión en uno y otro artículo.

En cambio, toda donación a la que no se le asigne expresamente carácter mejora, deberá imputarse a la legítima del donatario. Tanto si se le asignó el carácter expreso de anticipo de legítima, como si nada se dijo al respecto.

La atribución de carácter de mejora a una donación requiere una voluntad expresa clara y cierta, pero no una expresión formularia y formal. Como hemos repetido, el Código ha proscrito las mejoras presuntas, pero no las mejoras tácitas. Por la primera razón, ha borrado a este efecto la distinción recogida en las leyes 26 y 29 de Toro entre donaciones simples y donaciones causales, rechazando en todo caso la presunción de que lo donado tenga carácter de mejora. El artículo 825 sigue en esto la pauta del artículo 657 del Proyecto de 1851.

Expuesta la antítesis, vamos a precisar el alcance de sus dos términos:

a) Donaciones *imputables a la legítima*.

En las donaciones no atribuidas expresamente en concepto de mejora, queda clara su imputación a la legítima por aplicación de los artículos 819, § 1.º y 825 C. c. Las mejoras no se presumen.

Las dudas se plantean en cuanto la imputación del exceso de lo donado con respecto a la legítima del donatario.

Partimos aquí de que en este problema de imputación no haya interferencia alguna de la colación. Sea por haber un heredero forzoso único, por ser simple legatario el legitimario imputante o por haber repudiado la herencia, puede jugar la imputación aislada totalmente de la colación. Bajo ese presupuesto, vamos a examinar la imputación de dichos excedentes que lo donado suponga con respecto a la legítima del donatario.

En primer lugar, debemos determinar cuándo existirá ese excedente. Para ello, basta tener presente, en todo caso, que en sentido lato se considera como legítima efectiva de cada uno de los hijos una parte viril de la resta o diferencia resultante entre los dos tercios de la masa computada (*minuendo*) y las mejoras efectivas que se imputen al segundo tercio (*sustraendo*). El límite mínimo de imputación es, por lo tanto, una parte viril de un tercio, su límite máximo una parte viril de dos tercios.

En segundo término, debe examinarse si ese exceso de la do

nación, con respecto la legítima efectiva del donatario, cabe o no en la cuota de institución del propio imputante, a la que deberá imputarse aunque sea mayor que su legítima y aunque incluso invada la parte de libre disposición. La imputación de lo donado puede, en este caso, rebasar de la legítima del donatario aunque no sobrepase la cuota de su institución. Ese supuesto no significará que haya mejora para el donatario si no la hay en la propia institución (es decir, mientras su cuota no exceda de la asignada a cada uno de sus hermanos no desheredados legalmente) (939), ya que no hay jurídicamente mejora mientras no haya desigualdad a favor de alguno de los hijos, o se favorezca a algún nieto, esto es, mientras no haya mejora en el sentido puramente gramatical de la palabra.

Finalmente, si lo donado excede no sólo de la legítima lata, sino también de la cuota de institución del donatario, dicho exceso no puede ser reducido mientras no suponga inoficiosidad (artículo 654, en relación con el art. 636 C. c.) Por eso, lo conservará el donatario como mejora, *lato sensu*, imputable a los tercios tercero y segundo.

Seguramente que contra esta afirmación se alegará la letra del artículo 825 —que declara que ninguna donación se reputará mejora si el donante no ha declarado expresamente su voluntad de mejorar— y su diferencia con el texto del artículo 828, que con respecto a los legados, admite alternativamente la imputación al segundo tercio por declaración expresa del causante «o cuando no quepa en la parte libre».

Y esta argumentación puede incluso reforzarse con el siguiente razonamiento. La legítima de cada hijo puede consistir en una parte viril de dos tercios del haber si no hay mejoras, de un solo tercio si el segundo es invertido totalmente en mejoras, o de la parte viril deducida de la suma del primer tercio y de la parte del segundo no dispuesta para mejorar. Es así, que inoficiosa es toda donación que perjudique la legítima (arts. 656 y 654 C. c) y que la mejora no puede presumirse (art. 825 C. c.), luego la donación, a la que no se dió carácter de mejora, no puede imputarse como mejora al segundo tercio ni aun cuando exceda de la legítima del donatario y de la parte disponible del tercer tercio si el donante no hace expresa declaración de su voluntad de mejorar en dicho exceso.

Pero, contra estos argumentos puede contestarse:

1.º Que el artículo 825 solamente tuvo por fin eliminar aquellas mejoras presuntas que la ley 26 de Toro estimaba ínsitas en toda donación simple. Dicha ley 26, ordenaba que las donaciones simples se imputaran, por este orden, a la mejora de tercio, quinto y a la legítima del donatario; mientras la ley 29, para las donaciones *ob causam*—que no se presumían mejoras si el donante no

(939) En este supuesto la mejora no estará en la donación, sino en la institución, aunque ésta se cubra con la imputación de aquella.

lo hubiera declarado expresamente—, ordenaba su imputación sucesiva (cuanto no debieran colacionarse) a la legítima quinto y tercio. Es decir, que la *ratio* del artículo 825 debe referirse a unificar la presunción —tanto para las donaciones simples como para las causales— de que lo donado debe imputarse en principio a la legítima del donatario y, por lo tanto, a la exclusión de que lo donado se estime *prima facies* como mejora. Pero no cabe ampliarla hasta estimar que en su exceso sobre la legítima del donatario, ni siquiera su plus sobre su parte viril en la herencia, deba reducirse —lo que contradecería lo dispuesto sobre reducción en los artículos 636 y 654 C. c.—. Ni basta para negar que quepa imputar dicho exceso sucesivamente al tercio disponible y al de mejora, como aceptaba la ley 29 de Toro, con inverso orden, para las donaciones que la ley no consideraba como mejora.

El tercio de mejora —como hemos visto— es legítima respecto a los extraños, pero no respecto de los descendientes entre sí. La disposición del 825 sólo puede entenderse en el sentido de invertir el orden de imputación señalado por la ley 26 de Toro —eludiendo así las mejoras presuntas—, pero no puede dar pie para reducir la parte disponible por donación a favor de los hijos, que es la misma porción disponible en testamento—conforme al art. 636—, es decir, que comprende los tercios segundo y tercero, además de la legítima estricta del donatario. No caben mejoras presuntas, pero tampoco son admisibles las reducciones presuntas. Se infringirían los artículos 636 y 654 —además de extender el 825 más lejos de su *ratio*— si se pretendiera reducir una donación sin agotar la parte disponible a favor del donatario. No hay aquí mejora presunta, sino mejora tácita, necesaria para evitar una reducción presunta.

2.º Que el artículo 828 tampoco es obstáculo a ésta interpretación, ya que no puede ser aplicado *sensu contrario* al tema que discutimos porque plantea otra cuestión. Se trata de la vieja duda sobre la preferente imputación al quinto o al tercio. Para resolverla, entre el segundo y tercer tercios, dispone la preferente imputación al tercio libre, que el Código plantea singularmente con respecto de lo legado. Claro está que en el artículo 828 la palabra mejora se emplea en sentido restringido, limitada a la verificada con cargo al segundo tercio. Pero, ¿prejuzga esta significación que igual sentido tiene esa palabra en el artículo 825? Como ya hemos visto, en el artículo 819 la palabra mejora se usa en su sentido amplio y el mismo sentido debe atribuirse en el artículo 825 ya que es su complemento. Por eso pierde toda fuerza decisiva la objeción.

Como seguidamente veremos, las dos cuestiones a que se refieren los artículos 825 y 828, ya fueron tratadas en dos diferentes artículos del Proyecto de 1851, que respectivamente son sus ascendientes inmediatos, el 657 y el 660.

Y aquí llegamos a un segundo problema, esa mejora en senti-

do amplio que significa tal excedente, ¿deberá imputarse preferentemente al tercio de mejora o al de libre disposición?

La respuesta, tratándose de estas mejoras por exceso de imputación, ha de ser la misma que para las mejoras dispuestas expresamente. Como de éstas vamos a ocuparnos ahora, al dar su solución resolveremos ambos casos.

β) *Donaciones en concepto de mejora.*

Al interpretar conjuntamente los artículos 819 y 825 C. c., hemos comprobado que las mejoras pueden imputarse tanto al segundo como al tercer tercio de la herencia. Pero ¿a cuenta de cuál de ellos deben cargarse preferentemente?

El examen histórico nos ha mostrado que la doctrina anterior al Código civil, apoyándose en varias razones y, además, en el orden en que se enumeraban quinto y tercio en las leyes 26 y 29 de Toro, había entendido que lo donado debía imputarse al tercio antes que al quinto. En cambio, el artículo 660 del Proyecto de 1851, adoptaba la posición contraria—<cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y en lo que no alcanzare de la parte disponible entre herederos forzosos>—, aparte de que el § 2.º del artículo 657 ordenaba que el donante determinara si la donación en concepto de mejora debía imputarse a la parte libre o a la legítima disponible entre los descendientes.

El artículo 825 del Código civil, que, con ligeras variaciones (940) es transcripción del § 1.º del artículo 657 del proyecto de 1851, en cambio, no ha recogido el párrafo 2.º de aquél. Y el artículo 828 del Código, en el cual se ha trasvasado el artículo 660 del Proyecto, ha sustituido los términos de esta <toda mejora> por los más concretos <manda o legado hecho por el testador>.

No obstante esa última modificación, hemos defendido en otra ocasión (941) que, aun cuando el artículo 828 se refiere expresamente a mandas y legados, su doctrina puede y debe aplicarse a todos los demás supuestos de mejora *lato sensu*. Así también lo ha sostenido con su indudable autoridad Roca Sastre (942). «Aunque el artículo 825 no contenga las palabras del artículo 828 <o cuando no quepa en la parte libre>, creemos que, por analogía, ha de entenderse como si dicho artículo 825 las contuviere, a pesar de que, sobre todo a los efectos de la reducción por inoficiosidad, sea cosa distinta la donación y el legado».

(940) Las únicas variaciones consisten en la adición detrás de la palabra <donación> de la determinación <por contrato entre vivos>, y el cambio de las siguientes palabras: <reputa> por <reputará>, <donador> por <donante>, <formalmente> por <expresamente>, (cambio este último que no carece de valor, pues como hemos dicho no es lo mismo manifestar algo *expresamente*—para lo que sólo se requiere una voluntad clara y cierta—y *manifestarlo formalmente*).

(941) *La mejora tácita...*, loc. cit., págs. 116 y ss. y 127 y ss. Ver especialmente en la pág. 118 la nota 300.

(942) Notas al Kipp, vol. cit., Ap. *La mejora*, I, pág. 359.

Claro que esa regla sólo será de aplicación cuando de la voluntad del testador no resulte otra cosa (v. gr., si se ordenase la imputación limitada al tercio de mejora, o si del examen del testamento resulta que el testador usó la palabra mejora en sentido restringido).

Decidida la aplicación supletoria del artículo 828 C. c., nos queda por precisar el significado de las palabras <no quepa> empleadas en el mismo. Roca Sastre (943) lo explica en el sentido de que no quede en el tercio libre lugar alguno para poder imputar la liberalidad, «por haberlo agotado en todo o en parte el causante con donaciones o legados o con instituciones de heredero, pues esto revela que el causante tuvo la voluntad de mejorar». Esa afirmación requiere ser aclarada: legados e instituciones de heredero no pueden dar lugar a la reducción de lo donado por el causante; pero sí pueden aclarar la voluntad del causante de que lo donado en concepto de mejora sea imputado al segundo tercio con preferencia a la parte del tercero de la que el testador dispone expresamente en su testamento. Por lo tanto, los legados y donaciones posteriores imputables al tercio de libre disposición —e incluso la institución en esta cuota si así resulta de la voluntad del causante— sólo deberán reducirse, cuando las anteriores donaciones en concepto de mejora *lato sensu*, no quepan en el segundo tercio, ni en la parte no dispuesta del tercero. Aquéllas pueden provocar un desplazamiento del tercero al segundo en la imputación de las donaciones, pero sin poder inducir a su reducción; ya que —conforme al art. 820— deben respetarse las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando las disposiciones testamentarias, o —según el art. 656— las donaciones anteriores.

b) *Donaciones colacionables y dispensadas de colación.*

Hemos concretado que la antítesis *colacionable-no colacionable* separa dos masas que pueden no coincidir con los tercios de la herencia: la masa partible entre los herederos forzosos, en proporción a sus cuotas hereditarias, y el conjunto de las donaciones y los legados atribuidos con independencia de toda cuota hereditaria.

Con ello queda resuelto el problema planteado. Las donaciones colacionables se agregan idealmente o físicamente a la masa partible entre los herederos y las no colacionables quedan fuera de dicha masa. Pero como quiera que bastantes autores han sostenido — como hemos visto — que las donaciones no colacionables sólo pueden imputarse al tercio de libre disposición, es conveniente insistir en el tema de su imputación.

La imputación de las colacionables se verifica mediante la toma de menos en la colación, de que después nos ocuparemos. El pro-

(943) Loc. y pág. últ. citis. Aunque en esta página refiere ROCA SASTRE esa doctrina a los legados, en la siguiente la aplica también a las donaciones, entendiéndole el «no quepa» del art. 828 «en la forma antes explicada».

blema del destino del posible exceso colacionable respecto la cuota hereditaria del donatario, tendrá que ser especialmente estudiado al desentrañar el artículo 1.047 C. c.

Entre las donaciones no colacionables, debemos separar aquellas que no lo son, sea porque el donatario no es legitimario o no sucede a título de heredero, sea por habersele atribuido la legítima a título singular o por haber repudiado la herencia. De todos estos supuestos nos hemos ocupado, aisladamente del tema de la colación, al estudiar la imputación de lo donado a extraños, a descendientes no legitimarios, a legitimarios desheredados o repudiantes de la herencia, o al heredero legitimario único, y al tratar de la imputación de lo donado como anticipo de legítima o como mejora. Ahora, nos interesa la imputación de las donaciones no colacionables percibidas por herederos forzosos que efectivamente lo sean en una sucesión en la que juegue la colación. Es decir, lo que vamos a tratar es la imputación de lo donado con dispensa de colación a un heredero forzoso que suceda como tal y que de no gozar de dicha dispensa debería colacionarlo como, quizá en la misma partición, colacione otras donaciones.

Centrado nuestro objetivo, debemos resolver dos cuestiones: la del ámbito de su computación, y dentro del mismo la determinación de su preferente y gradual imputación.

La primera cuestión la hemos resuelto antes con un elemental raciocinio. Si las donaciones colacionables forman parte —material o idealmente— de la masa que en proporción a sus cuotas deben repartirse entre sí los herederos forzosos, las donaciones no colacionables deberán imputarse fuera de esa masa. Por lo tanto, las donaciones colacionables podrán imputarse en una zona tanto más amplia cuanto más reducida sea la masa formada con la colación. Su ámbito de imputación, por lo tanto, podrá ser inferior, igual o mayor al tercio de libre disposición e incluso rebasar el segundo tercio e invadir la legítima individual de los propios imputantes, con el solo límite de no lesionar los derechos de los demás legitimarios, en cuyo caso dicho montante lesivo resultaría inoficioso y como tal debería reducirse la donación en dicho importe.

En el trabajo al que repetidamente venimos refiriéndonos (944), después de esgrimir otros argumentos a favor de esa opinión, concluíamos así: «En fin, para nosotros, el argumento de más peso en pro de nuestra tesis tiene como apoyo el libre juego de la voluntad del donante, fuera de los límites legales expresamente impuesto. Si un padre dona a su hijo una finca y no quiere que sea colacionada, es que pretende favorecer con ella al hijo donatario. ¿Por qué imputarla solamente al tercio libre y reducir la donación en el exceso? Siendo posible a todo padre disponer del tercio de mejora íntegramente —salvada la legítima viudal— a favor de cualquiera de sus descendientes, ¿por qué entender una limitación que no ex-

(944) *La mejora tacita...*, loc. cit., págs. 118 y ss.

presó el disponente? Si expresar la voluntad de excluir de colación una donación, dispuesta a favor de un heredero, es una forma expresa de manifestar la voluntad de beneficiar íntegramente con ella al donatario, reducirla sería, sin duda, contrariar aquella voluntad del donante. Voluntad que debe respetarse mientras la donación no rebase el límite legal impuesto por los artículos 636, 656, 806 y 808 del Código civil, que sólo excluyen la legítima estricta de la libre disponibilidad que el testador tiene a favor de cualquiera de sus descendientes».

La segunda cuestión, es decir, la de determinar la preferente imputación de las donaciones no colacionables fuera de la masa formada por la colación, debe resolverse dando prioridad a la imputación al tercio de libre disposición con respecto al de mejora, por aplicación analógica del artículo 828. Las razones de solución son las mismas antes aludidas al tratar de la imputación de las mejoras *lato sensu* y que ya defendimos en nuestra conferencia sobre las mejoras tácitas (945). El significado que debe darse a la expresión del artículo 828, de que «no quepa en la porción libre», también lo hemos precisado líneas atrás por lo que se refiere a la imputación de las donaciones (946).

H) *Revocabilidad e irrevocabilidad del carácter de mejora atribuido a las donaciones.*

El problema enunciado ha sido juzgado por la doctrina a través de la letra del artículo 827 del Código civil, a pesar de que no alude a las «donaciones en concepto de mejora» sino a la «mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes».

Dice así el artículo 827: «La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero».

Para su interpretación es imprescindible arrancar de su precedente, la ley 17 de Toro.

En su apartado primero dispuso esta ley como regla general, la revocabilidad de las mejoras: «Como el padre o la madre mejorar a alguno de sus hijos o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, o en otra postrimera voluntad, o por algún otro contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejoría, o no, fasta la hora de su muerte, la pueda revocar cuando quisiere».

Los apartados siguientes señalaron las excepciones a esa regla general: «Salvo si fecha la dicha mejoría por contrato entre vivos oviere entregado la posesión de la cosa o cosas en el dicho tercio contenidas a la persona a quien lo ficiere o quien su poder oviere. O lo oviere entregando ante escribano la escritura de ello. O el

(945) Loc. cit., págs. 114 y ss.

(946) Su aplicación a la imputación de los legados la tratamos en *La mejora tácita*, loc. cit., págs. 128 y ss.

dicho contrato se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, así como por vía de casamiento o por otra cosa semejante, que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar si no reservase el que lo fizo en el mismo contrato el poder para revocar o por alguna causa que según leyes de nuestros reinos las donaciones perfectas o con derecho fechas, se pueden revocar».

Esta ley 17 de Toro introdujo indirectamente la trascendental innovación respecto al Derecho romano de que las donaciones que el padre hiciera a sus hijos en potestad pudieran ser inmediatamente válidas e irrevocables. Pero aquí, más que esa innovación, nos interesa precisar el porqué de esa irrevocabilidad de las mejoras verificadas con entrega de bienes. Tal vez donde mejor pueda percibirse el *quid* de esa cuestión, es planteando la cuestión de la revocabilidad o irrevocabilidad de las mejoras en la zona fronteriza entre los actos inter vivos y mortis causa. Es decir, en las dispuestas por testamento o por donación *mortis causa*, pero verificadas con entrega de bienes.

Un importante grupo de autores, apoyaron su opinión en la naturaleza ambulatoria de las últimas voluntades y en las palabras <por contrato entre vivos>, adicionadas a la mejora que —según la ley 17— por la tradición se hacía irrevocable. Por ello, entendieron que la irrevocabilidad de las mejoras verificadas con entrega de bienes se refería a las otorgadas mediante donación perfecta. De esta opinión fueron Gregorio López (947), Antonio Gómez (948), Tello Fernández (949), Matienzo (950), el Doctor Molina (951), Acevedo (952), Pichardo (953) y otros. La expresión de mejorar —según ellos— acompañada de la entrega de bienes equivalía a donar, y como donación irrevocable debía entenderse toda mejora por contrato entre vivos con entrega de bienes. Incluso se entendía así, por algunos autores, cuando el objeto de la mejora hubiera sido legado o donado *mortis causa* con anterioridad, con tal de que en la posterior tradición no se hubiera expresado que se entre-

(947) Glosa la palabra «mayoría», de la ley 2, tit. XV, part. 2.ª: «Y adviértase que, si alguien funda un mayorazgo de los revocables, según las leyes de Toro, mediando entrega, se convierte en irrevocable si se hace por medio de un acto entre vivos cual allí se expresa; empero si se hiciera por medio de última voluntad o de donación por causa de muerte, entonces, aun a pesar de la entrega, será revocable al mayorazgo.»

(948) *Ad leges Tauri...*, lex XVII, núm. 24, vers. *Sed his non obstantibus*, (pág. 132): «quia mostra lex et eius dispositio quae habet, quod melioratio non possit revocari secuta traditione, debet intelligi quando fit per viam contractus: secus si viam ultimae voluntatis, quod probat ibi dum dicit: *salvo si hec la dicha meioria por contrato entre vivos.*»

(949) Op. cit., lex XVII, núms. 83 a 87, fol. 145 vto. y ss.

(950) Op. cit., lib. 5, tit. 6, lex I, gls. IV, núms. 24 a 27, fols. 140 vuelt. y 141.

(951) Op. cit., lib. IV, cap. II, núm. 20, pág. 580.

(952) Op. cit., l. V, tit. IV, ley I (Tauri 17), núm. 28, vol. III, pág. 155.

(953) Op. cit., lib. II, tit. XX, § 1.º, núm. 21, vol. I, pág. 298.

gaba la cosa por razón del legado o donación mortis causa (954).

Frente a ellos, otros autores, como Pedro de Peralta (955), Peláez de Mieres (956) y Angulo (957), entendieron que en todo caso la mejora con entrega de bienes transfería irrevocablemente el dominio al mejorado. Apoyáronse: en la ley 44 de Toro; en considerar que las palabras *por contracto entre vivos* fueron *scripta gratia frequentioris usus* y que *non mutant iuris dispositionem, nec excludunt alios casus*; así como en el criterio de equiparar las mejoras hechas en contrato y en últimas voluntades que resplandece en las leyes 23, 26 y 27 de Toro. Pero, de mayor interés que esos argumentos de Derecho positivo es otra razón, expuesta por Peláez de Mieres, apoyada en la doctrina de Baldo, según la cual la disposición testamentaria que como tal no fuera válida, podría ser eficaz como donación, si se hubiera añadido al disponerla la cautela de que pudiera valer como donación y si la posesión del objeto dispuesto se hubiera transferido al designado.

En el período precursor del Código civil, se había impuesto la primera de estas dos opiniones. Así lo confirman Alvarez Posadilla (958), Febrero (959), Sala (960), Llamas y Molina (961), Escriche (962), Gutiérrez (963), Pacheco (964), La Serna y Montal-

(954) Esta opinión la vemos en los textos citados de GÓMEZ, TELLO, MATEIENZO, MOLINA y ACEVEDO. Expresa MOLINA que: «in quo casu non potest dici, traditionem ex testamento factam fuisse, sed ex noua donatione inter vivos, quae ex traditione resultat, quae operatur donationem, et etiam donationis irrevocabilitatem, quae ad ipsam donationem consecutiva est.»

La doctrina de la eficacia inter vivos de la entrega del objeto legado hecha por el testador al legatario, ya había sido largamente discutida por los autores de Derecho común. Con todo detalle nos lo explica TELLO FERNÁNDEZ, op. y lex últ. cit., núms. 85 y 86, fol. 146, y repite MATEIENZO, op. y gloss. últ. citados, número 25 y fol. 140 vto. Según ellos, CINO, BARTOLO, BALDO y el común de los autores juzgaron que la entrega hecha por el testador transformaba el legado en donación *inter vivos*, siempre y cuando al hacer la tradición no se hubiese invocado el legado como causa de la misma; en cambio RIPA y SOCINO estimaban que con su entrega el legado sólo se convertía en donación *mortis causa*.

El propio GÓMEZ (*Variae Resol...*, l. I, cap. XII, núm. 4, pág. 158) y COVARRUBIAS («In. tit. de Testamentis, secunda Rubricae Pars», núm. 21, in fine, *Opera...*, vol. II, pág. 15), en este terreno del Derecho común, opinaron igualmente que la entrega pura y simple del bien legado, hecha sin referencia a su previa disposición a título de legado, equivalía a la donación *inter vivos* e irrevocable del bien entregado. Según expresó GÓMEZ, «si testator simpliciter tradit non dicendo, nec exprimendo, se tradere ex causa praecedente legat. transit in donationem puram et perfectam inter vivos et non poterit amplius revocari».

(955) *In Lex Lucius Titius*, l. núm. 22, pág. 245 (cita de Peláez de Mieres).

(956) Op. cit., *Prima Pars. Quaest. XXX*, núms. 1 y ss., fol. 137 y ss.

(957) Op. cit., *Lex Prima, Gloss. Quinta*, núms. 51 y 52, págs. 154 y ss.

(958) Op. cit., ley XVII, pág. 132.

(959) Version de GARCÍA GOYENA, vol. cit., núm. 1.224, pág. 290.

(960) Op. y vol. cit., lib. II, tit. VI, núm. 3, pág. 177 in fine y ss.

(961) Op. y vol. cit., ley XVII, núm. 24, pág. 323.

(962) Op. cit., vol. II, voz *Mejora*, núm. 25 y ss., pág. 573.

(963) Op. y vol. cit., pág. 493.

(964) Op. cit., vol. I, ley XVII, núm. 23, pág. 254.

bán (965). El más expresivo de estos autores es Pacheco, que llega a esta conclusión: «Cuando el padre, por un acto entre vivos, se compromete, mejorando a un hijo suyo en tal cosa o en tal cantidad, y de hecho en aquel momento se la entrega, por más que la ley no le llame sino mejora, porque el mismo padre no le haya dado sino este propio nombre, la verdad es que unida con ella, con la idea fundamental de ella, existe una donación y es preciso reconocer una donación. La mejora exclusiva y pura—el buen sentido lo dice—sería un mero acto de futuro; y aquí tenemos un acto de presente, para lo presente. El padre que tal cosa hace, no sólo *mejora*, sino que desde luego da a su hijo. Con la esencia de lo uno tiene que combinarse la esencia de lo otro. Por eso las consecuencias, los necesarios resultados, tienen que participar de las condiciones de las dos.»

En resumen, son dos las consecuencias principales que podemos deducir de nuestro repaso del Derecho histórico. Primera, que la revocabilidad o irrevocabilidad de las mejoras va referida tanto al carácter preventivo o bien definitivo de su imputación favorable a quinto y tercio, como de igual modo a la efectividad definitiva de su disposición. Es decir, que o bien hay atribución irrevocable con imputación definitiva a quinto y tercio, o, de lo contrario, no son efectivas ni la imputación ni siquiera la disposición si siendo revocable la mejora es revocada. Segunda, que la disposición de la ley 27 de Toro va referida a aquellas atribuciones entre vivos o mortis causa que fueron otorgadas con el nombre de *mejora*, y que, según la opinión preponderante, su irrevocabilidad va unida al carácter de donación perfecta, consumada con la tradición, atribuido a las mejoras verificadas por acto inter vivos, y, también, según la minoría discrepante, a las mejoras mortis causa si fueron consumadas por el mejorante con la entrega de los bienes objeto de la misma.

Si la ley 17 de Toro consideró como donaciones irrevocables a las mejoras con entrega de bienes, la ley 26 estimó en términos generales como mejoras tácitas a las donaciones dispuestas a favor de los hijos y descendientes. Por ello, la común doctrina estimó que la donación consumada por la tradición era mejora e irrevocable como donación y como mejora (966), lo mismo que la mejora con entrega de bienes era irrevocable como mejora y como donación.

Esa afirmación aparece confirmada por el criterio con que se

(965) Op. y vol. cit., núm. 125, pág. 85.

(966) Ver ANTONIO CÓMEZ, *Ad leges Tauri...*, lex XXIX, núm. 30, vers. *Item etiam ex praedicta l. 26*, pág. 189, quien discrepa excepcionalmente con respecto a la donación simple hecha al hijo en potestad, afirmando: «Sed teneo contrarium, imo quod debet intelligi et regulari, secundum dispositionem iuris communis. Nec obstat praedicta lex 26 Tauri, quia debet intelligi, quod post mortem patris, et sic postquam iam donatio simplex et perfecta habeat vim meliorationis.»

resuelven varias cuestiones, como las que seguidamente vemos a sintetizar.

a) Solo era posible limitar con gravámenes o condiciones la mejora irrevocable imponiéndolos en el mismo acto del otorgamiento de aquélla. Nunca después de perfeccionada (967).

b) El padre que hubiera verificado una mejora irrevocable o consumado una donación con carácter de mejora no podría posteriormente ordenar su colación (968).

Como conclusión, puede ofrecerse, por tanto, ésta de Benito Gutiérrez (969): «Por un testamento no puede revocarse una mejora consignada en escritura (no olvidemos su valor instrumental de tradición), porque el testamento es un acto unilateral, y éste no es bastante eficaz para destruir la fuerza de un contrato bilateral, pues que entonces estaría en arbitrio de uno de los contrayentes separarse y prescindir de las obligaciones constituídas por su parte.»

Lo expuesto puede servir de base para la exacta interpretación del artículo 827 del Código civil.

¿Qué sentido debe darse a la revocabilidad de la mejora con entrega de bienes que este artículo determina?

Hipotéticamente se pueden señalar estas posiciones:

1.ª El artículo 827 acepta la revocación de las donaciones siempre que se las otorgue con carácter de mejora.

2.ª El citado artículo distingue la donación y la asignación del carácter de mejora: la revocabilidad sólo se refiere a ésta asignación.

3.ª Ese precepto se ocupa exclusivamente de aquellas atribuciones verificadas con la denominación de mejora y sin darles el nombre de donación ni utilizar el verbo donar.

4.ª El artículo 827 afecta de revocabilidad a la propia atribución patrimonial cuando ésta no tuvo carácter de donación irrevocable, pero tan sólo se aplica a la imputación cuando la mejora con entrega de bienes fuera verificada mediante una donación perfecta y consumada.

La doctrina ha fluctuado entre estos criterios. En efecto:

(967) Ver GÓMEZ, op. últ. cit., lex XVII, núm. 22, pág. 132: «Si vero melioratio erat irrevocabilis, quia fuit secuta traditio, vel facta ex causa onerosa, tunc postea ex intervallo, non poterit pater vel mater aliquod pactum, vinculum vel gravamen oponere.»

(968) Ver GÓMEZ, loc. últ. cit.: «ubi si pater vel mater, semel fecit filio vel filiae donationem perfectam, regulariter illa non debet conferri nisi contrarium dicat tempore donationis, non autem sufficit postea dicere ex intervallo»; y lex XXIX, núm. 27, pág. 187: «requiritur quod dicat et protestetur tempore ipso donationis factae: non vero postea ex intervallo: quia iam esset quesitum ius patri, et non posset ab eo auferri.»

También ALVAREZ POSADILLA, op. cit., ley XXIX, pág. 171, dice que: «Si la donación hecha mejora es de las irrevocables, aunque el padre diga después que se traiga a colación no se traerá y se computará en el quinto y tercio, como si entregó la posesión de ella, etc.»

(969) Op. y vol. cit., lib. II, cap. V, sec. II, § I, pág. 500.

a) Entre los primeros comentaristas del Código civil, Falcón (970), López R. Gómez (971) y Burón (972) afirmaron que la innovación del artículo 827 del Código civil, con respecto a la ley 17 de Toro, consistió en suprimir la primera excepción—la de la mejora con entrega de bienes—de las tres que la ley de Toro señalaba a la revocabilidad de la mejora. Lo mismo se limitan a indicar Lacoste (973) y Valverde (974). Estos dos autores refirieron concretamente su comentario a la disposición verificada con el nombre de mejora y sin asignarle la denominación expresa de donación inter vivos.

La misma interpretación es aplicable a la exposición hecha por Mucius Scaevola (975). «Aunque un ascendiente—dictamina—haya mejorado a su descendiente por contrato y llevado su deseo a la efectividad de la mejora hasta la entrega de bienes, aún le es lícito al primero revocarla, bien expresa, bien tácita o indirectamente»... «Si por contrato (que no sea de los que producen la irrevocabilidad de la mejora), o por testamento un padre mejora a un hijo en una finca y con posterioridad a la fecha del contrato o del testamento enajena, dona o lega, según el caso de que se trate, la finca designada para la mejora, es evidente que ésta ha quedado revocada por el acto ulterior del dueño de la cosa. Este, en virtud de su calidad, puede disponer libremente de aquélla hasta el momento de su muerte, puesto que el mejorado no tiene derecho alguno adquirido; sólo hay a su favor una esperanza de derecho, cuya efectividad queda a la merced y al arbitrio del donante »

También flota idéntica interpretación en la doctrina de la Sentencia de 4 de junio de 1908, que declaró revocable, por no estar comprendida en ninguna de las excepciones del artículo 827, la mejora hecha como dote, por un padre a favor de una hija casada, y, por tanto, eficaz la revocación tácita que hizo el padre al disponer del tercio de mejora en su testamento a favor de otros descendientes. Es de notar que no se denominó donación, sino únicamente mejora a la atribución de dicha dote, y que el concepto de dote no presupone necesariamente donación inter vivos, como antes hemos visto.

El sentido expresado, aplicable a la disposición como mejora, sin darle la denominación expresa de donación, también parece reconocido en el comentario que Manresa dedica a la variación de criterio que el artículo 827 significa con respecto a la ley 17 de Toro (976): «El legislador ha observado que la naturaleza de la mejora, como parte de la herencia en general, no debe confundir-

(970) Op. y vol. cit., pág. 261

(971) Op. cit., vol. I, cap. XIX, núm. 14, pág. 662.

(972) Op. y vol. cit., núm. 1.050, pág. 87.

(973) Op. cit., pág. 278.

(974) Op. y vol. cit., pág. 284.

(975) Op. cit., vol. XIV, art. 827, págs. 563 y ss.

(976) Op. cit., vol. VI, art. 827, págs. 424.

se con la de las donaciones; ni con la de las llamadas *mortis causa*, porque éstas sólo producen sus efectos por muerte del donante, y nada impide al mejorante entregar en vida los bienes anticipando la mejora; ni con la de las llamadas *entre vivos*, porque la mejora hecha en vida es siempre colacionable y siempre reducible; y, como parte de la herencia, debe ser, por regla general, revocable por la sola voluntad del mejorante, cualquiera que sea la forma de su constitución, y lo será siempre, a no hallarse ligados con ella los derechos de un tercero.» Ciertamente, como luego veremos, que en otro fragmento posterior parece diferente la interpretación de Manresa.

b) Otros autores entienden que la asignación del carácter de mejora atribuido a una donación la desnaturaliza como donación *inter vivos*, según unos, o la hace revocable como mejora y como donación, según otros.

α) De la primera opinión fueron Galindo y Escosura (977) y Lezón (978).

La mejora por contrato *inter vivos*, según aquéllos, «no traslada el dominio ni la posesión, y, por tanto, nada hay que inscribir, como no se inscriben tampoco los legados ni las donaciones *mortis causa*».

Lezón afirmó que se trata, «en el fondo, de una donación *mortis causa*, subordinada, como tal, a la muerte del donante, en consideración a la cual se otorga y hasta cuyo momento no alcanza efectividad, al participar como participa de las disposiciones de última voluntad, según el artículo 620 del Código civil; siendo irreductiblemente antitético e inconciliables los conceptos de donación <inter vivos>, y de mejora esencialmente revocable, salvo los dos casos de excepción taxativamente establecidos en el artículo 827 del propio Cuerpo legal, que es de interpretación restrictiva, en consonancia con la regla hermenéutica legal <inclusio unius exclusio alterius>. A su juicio, lo que la califica de donación *mortis causa* no es la circunstancia de que se subordine al término de la muerte del donante, «sino la causa impulsiva, la circunstancia de que se otorgue en concepto de mejora». De ello llega a deducir: que para su validez requieren *ad solennitatem* la forma de los actos de última voluntad y que no son inscribibles en vida del mejorante.

β) La segunda opinión, con algunas variantes entre sí, ha sido sostenida por Navarro Amandi (979), Morell (980), Sánchez Re-

(977) LEON GALINDO DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, 4.ª ed. Madrid, 1903, vol. I, § 53, página 410.

(978) MANUEL LEZÓN, «Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil. Mejora por vía de donación <inter vivos>, con o sin entrega de bienes hasta la muerte del donante», en «Rev. Crit. de Dr. Inmob.», V, febrero 1929, páginas 102 y 56.

(979) *Cuestionario...* vol. cit., art. 827, pág. 328. Afirma que «el artículo pre-

mán (981), De Buen (982), Clemente de Diego (983) y Castán (984).

Morell, después de afirmar que la mejora revocable consiste en una verdadera donación *mortis causa*, más adelante subdistingue: «hay tantas donaciones revocables cuyos efectos son los de las donaciones para después de la muerte, y otras (*las verificadas con entrega de bienes*) que constituyen verdaderas donaciones entre vivos, pero que siempre tienen una naturaleza especial y propia, porque siempre son revocables por la sola voluntad del mejorante».

Sánchez Román, De Buen, De Diego y Castán entienden que en la donación inter vivos a la que se asigna carácter de mejora y se verifica con todos los requisitos necesarios para transmitir la propiedad de la cosa donada, el donatario la adquiere bajo condición resolutoria. Es decir, obtiene un dominio revocable.

A juicio de Sánchez Román, también resultará revocada la donación si el mejorado premuere al mejorante. Opinión de la que discrepa De Buen.

c) Una posición de gran interés es la que, en las donaciones en concepto de mejora, distingue el aspecto donación entre vivos y el aspecto mejora.

Manresa (985) atisbó esa distinción al examinar el supuesto de premorir el mejorado. «En el contrato en que se constituyó la mejora—escribió—había, desde luego, una donación: se le dió el carácter de mejora, pero bajo la base de proceder, en su día, esa mejora, de tener el donatario derecho a la mejora al tiempo de morir el testador y caber en el tercio. Muere ese donatario antes y ya no puede ser mejorado; pero queda la donación hecha a persona que no llegó a ser heredero forzoso ni tener derecho a la mejora, y esa donación puede sostenerse e imputarse al tercio libre.»

Pero fué Uriarte Berasátegui (986) quien planteó, analizó y formuló—con gran finura jurídica—la distinción del aspecto donación y el aspecto mejora a efectos de la revocación de las mejoras verificadas en donación inter vivos, afirmando que no era revocable la donación, sino únicamente su atribución como mejora.

Esa misma opinión fué aceptada por Felicísimo de Castro (987), al afirmar que «la revocación que haga el donante producirá su efecto en el día de la herencia del mismo, para considerar la do-

sente no hace revocables todas las donaciones, sino únicamente las que se constituyen expresando la voluntad de mejorar.»

(980) *Mejoras* en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. LXXXII (segundo trimestre 1893), págs. 277 y ss. y 566 y ss. y en *Estudios sobre el Código civil*, Madrid, 1894, pág. 23 y ss. y 44 y ss.

(981) *Op. cit.*, VI-II, págs. 1198 y ss.

(982) *Notas cit.*, vol. VIII, págs. 326.

(983) *Instituciones...*, vol. cit., págs. 238 y ss.

(984) *Op. y vol. cit.*, págs. 326 y ss.

(985) *Op. y vol. ult. cit.*, pág. 432.

(986) JOSÉ URIARTE, *Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil*, en «Rev. Crit. de Der. Inmob.», V, mayo 1920, págs. 321 y ss.

(987) *Op. y vol. cit.*, tema CXXVIII, pág. 302.

nación como anticipo de legítima e imputarla en la herencia y colacionarla como tal a los efectos que procedan».

Amadeo de Fuenmayor (988) insiste en esa tesis con nuevos argumentos históricos y dogmáticos. A su juicio *no distinguir* la donación y la mejora que con ella se quiere, es conrundir la mejora y el negocio que la contiene, error semejante al que se cometería identificando un pasajero con el vehículo que lo conduce. De no distinguirlos enérgicamente, "tendríamos un negocio híbrido de naturaleza estrafalaria, en el que lucharían las normas aplicables a la donación, negocio de carácter *inter vivos*, y las normas aplicables a la mejora, negocio exclusivamente *mortis causa*". «El ascendiente—por virtud del artículo 827—tiene soberanía absoluta sobre la mejora, pero no sobre la donación.»

d) Frente a las soluciones unitarias, cabe aceptar que en unos casos la revocación de la mejora no lleva consigo la revocación de la donación, pero que en otros se deben entender revocadas ambas a la par.

Así lo entendió Uriarte (989), quien, pese a su criterio general, admitió excepcionalmente la revocabilidad de la transmisión si «el propósito de transmitir los bienes existe por ser el donatario heredero del ascendiente y querer mejorarle éste con la donación».

En cambio, Fuenmayor (990) ha estimado que «en todo caso hay que decidirse por una interpretación única, objetiva, impuesta por la naturaleza jurídica del negocio y de acuerdo con la justicia»; y que el ascendiente sólo puede ejercitar la facultad de mejorar: «mediante disposición testamentaria o mediante contrato: capitulaciones matrimoniales, contrato oneroso con un tercero y donación *inter vivos*».

Esta última afirmación la hemos discutido nosotros (991). «A nuestro juicio—escribimos entonces—, la mejora con entrega de bienes puede verificarse: en capitulaciones matrimoniales, por contrato oneroso con un tercero, por donación *inter vivos* y por donación *mortis causa*, sea ésta de tipo suspensivo, con o sin entrega de posesión, o bien de tipo resolutorio, es decir, con transmisión del dominio bajo condición resolutoria.»

«En principio—opinábamos—hay que entender que toda mejora hecha en negocio *inter vivos* implica una donación *mortis causa*, si no se le otorga otro carácter, pues en definitiva no es sino un legado o manda hecha en contrato *lato sensu*.» Discutiendo de los argumentos de Fuenmayor, añadimos que «será cierto, como dice, que la ley 17 de Toro—¿ sus intérpretes, por lo menos (992)—

(988) *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1942, cap. IV: *Revocación de la mejora con entrega de bienes*, núm. 63, pág. 130 y ss. y *La mejora en el sistema sucesorio español*, Coimbra, 1946, págs. 24 y ss.

(989) *Loc. ult. cit.*, pág. 329.

(990) *La revocación...* cap. cit., pág. 139.

(991) *La donación mortis causa...* § XII, 2, en «Anales...», vol. cit., páginas 267 y ss.

(992) Ver los autores que hemos citado antes, GREGORIO LÓPEZ, ANTONIO

consideraron la mejora con entrega de bienes como donación ordinaria o *inter vivos*. Pero ello, probablemente, derivaba de que toda donación *prima facies* se presumía *inter vivos* y no *mortis causa*. Mientras hoy, en el caso específico de la mejora con entrega de bienes, si el donante no califica esta entrega de donación pura o entre vivos o irrevocable, debe presumirse hecha por causa de muerte, como *<per se>* lo es la mejora. Como ha dicho Mucius Scaevola (993): *<El precepto antiguo (ley 17 de Toro) descansaba en los principios generales del contrato; el precepto moderno (artículo 827) se basa en la naturaleza especial de la mejora>*.

Por ello, concluimos: 1.º Que en principio toda mejora otorgada en acto *inter vivos*, aunque sea hecha con entrega de bienes, presupone una donación *mortis causa*, puesto que supone una manda o legado hecho en negocio *inter vivos*. 2.º La revocación de la mejora presupone, a su vez, la revocación de la donación *mortis causa* que implica, salvo si explícita o implícitamente resulta que la intención del mejorante fué otra. 3.º Ahora bien, si el acto entre vivos, al que se le da carácter de mejora, se le califica de donación *inter vivos* pura o irrevocable, etc., no hay duda de que ni la revocación de la mejora alcanza a la donación—conforme Felicísimo Castro, Uriarte y Fuenmayor—, ni de que la premoriencia del donatario no afectará a la eficacia de la misma donación—como ya sostuvo Manresa—, aunque ambos hechos destruyan el carácter de mejora que en principio se le concedió a aquélla.»

Ahora, para acabar de reconstruir la posición del Código civil, procuremos establecer un doble paralelismo entre las leyes 17 y 26 de Toro y los artículos 827 y 825 del Código civil. Los dos primeros consideraron, respectivamente, toda mejora con entrega de bienes como donación irrevocable y toda donación como mejora presunta. Los preceptos del Código civil, contrariamente, entienden que la mejora, aunque sea con entrega de bienes, no es una donación irrevocable (art. 827), y que ninguna donación es mejora si expresamente no lo dispone el donante (art. 825). Para apreciar en todo su valor estas diferencias que median entre la legislación antigua y la actual, debemos destacar que la ley 17 de Toro se refería a las disposiciones hechas con carácter expreso de mejora, y no designadas con la palabra donación y la ley 26 a las donaciones otorgadas sin expresar si se les asignaba o no carácter de mejora. Los artículos 827 y 825, que han implantado precisamente la doctrina contraria, deben entenderse referidos a los mismos presupuestos. Es decir: el artículo 827, a las disposiciones tituladas mejoras sin denominarlas donaciones, y el artículo 825, a las donaciones no atribuidas con carácter expreso de mejora.

Como consecuencia, debemos deducir:

GÓMEZ, TELLO FERNÁNDEZ, MATIENZO, MOLINA, ACEVEDO, PICHARDO, etc., locución cits., en las notas 945 a 951.

(993) Op. y vol. últ. cits., pág. 569.

1.º Que la expresión de mejorar unida a la entrega de bienes, que en las leyes de Toro equivalía a donar irrevocablemente, hoy en el Código civil, aunque vaya acompañada de la transmisión posesoria del objeto de la mejora, no equivale en su eficacia sino a las donaciones *mortis causa*.

2.º Que la donación inter vivos no presupone mejora, si expresamente no se determina. Pero de otorgarse con ese carácter, que eleva a mayor grado la liberalidad, no debe ni puede lógicamente entenderse que con ello se degrade una donación de suyo irrevocable a una categoría inferior, que la haría revocable *al libitum* por el donante. Otra cosa sería contrariar el principio de la irrevocabilidad de las donaciones inter vivos, fuera de los casos previstos por la ley. Principio que resulta claramente en el Código civil del examen sistemático del título de las donaciones y en especial *sensu contrario* de los artículos 639, 641, 644 a 656. Todo lo más, puede aceptarse que solamente la atribución del carácter de mejora es revocable, pero sin afectar a la permanencia de la donación de suyo irrevocable. Y, aún, esa distinción sólo puede sostenerse como secuela de la innovación de los artículos 827 y 825, partiendo de que, en su virtud, la orden de imputación tiene hoy carácter relicto y es separable de la atribución patrimonial a la que va referida. Los antecedentes históricos no favorecen esta interpretación, ya que de ellos resulta que la asignación como mejora suponía en el Derecho de Castilla, como para el derecho italiano vigente, afirman Azzariti y Martínez—según hemos visto—, una más amplia liberalidad irrevocable cuando iba unida en su otorgamiento a una donación entre vivos, con lo cual era aceptada por el donatario.

Como corolario y límite de esta segunda conclusión, resulta con evidencia que ese cambio de imputación no puede afectar en modo alguno al íntegro mantenimiento de la donación. Por tanto, la revocación del carácter de mejora sólo será efectiva cuando la donación pueda ser imputada a otra cuota hereditaria (994).

Conforme resulta del artículo 656, el orden de prelación de las donaciones se determina por la antigüedad de las fechas de su respectivo otorgamiento; y, según el artículo 820, no deben re-

(994) Un ejemplo aclarará nuestra afirmación: El causante había donado a un extraño 100, y posteriormente otros 120 en concepto de mejora a un hijo suyo A. En testamento posterior legó el tercio íntegro de mejora a otro hijo B. Su caudal, acumulado el líquido relicto y lo donado, sumaba a su muerte 300. Dejó tres hijos. El hijo A no acepta la herencia de su padre y, por eso, no debe colacionar. En este caso, con el criterio que hemos aceptado, los 120 donados a A deben ser preferentemente imputados a su legítima individual hasta su valor de $33 \frac{1}{3}$, pero los restantes 86 y $\frac{2}{3}$, por haberse agotado el tercer tercio con lo donado al extraño, deben imputarse al tercio de mejora, que es porción disponible entre los hijos. Así lo exige la irrevocabilidad de las donaciones que tampoco deben ser reducidas en cuanto no sean inoficiosas. El mejorado en testamento, por tanto, solo recogerá como mejora los 13 y $\frac{1}{3}$ restantes del tercio de mejora.

ducirse las donaciones sino cuando resulten inoficiosas después de reducidas las disposiciones testamentarias. Un mero cambio de imputación no debe poder derogar esas reglas. Por eso la revocación de la mejora tiene que detenerse ante la irrevocabilidad de la donación.

La revocación de la mejora, por tanto, tiene como límite la irrevocabilidad de la donación (fuera de los supuestos previstos por la ley).

Antes hemos dicho que la donación simple, en cuanto exceda de la legítima, debe imputarse al tercio libre y al de mejora, sucesivamente, porque su oficiosidad no tiene otros límites que los que derivan de los artículos 636, 654 y 656. El artículo 825 sólo significa la regla contraria que la ley 26 de Toro. Es decir, que no se presume preferente la imputación a la mejora sino la imputación a la legítima, si el donante no lo dispuso contrario; pero no que el exceso de lo donado sobre la legítima deba reducirse y no pueda valer como mejora *lato sensu*. En este sentido —y del mismo modo que la pugna entre los artículos 655, 656 con el 825— debe resolverse la aparente contradicción entre aquellos dos preceptos y el 827. La revocación del carácter de mejora de una donación sólo supone la revocación de su preferente imputación fuera y además de la legítima, pero no afecta a la imputación del exceso que con respecto a ésta suponga lo donado.

§ 13.—Reducción de donaciones inoficiosas en el Código civil.

A) Sujetos de la acción de reducción por inoficiosidad.

Hasta aquí hemos estudiado la formación de la *masa puramente contable* que sirve de base para calcular la legítima y las cuotas respectivamente disponibles como mejora y libremente. Ahora nos corresponde examinar la *masa de extracción* objeto de la reducción, si fuere necesaria, para que las legítimas sean íntegramente cubiertas.

Las donaciones deben ser contabilizadas siempre en la *masa de cálculo* de las legítimas o de las cuotas disponibles como mejora y libremente. De ese modo, su cómputo puede suponer el aumento de la participación hereditaria no sólo de los legitimarios sino también de los mejorados en una cuota o de los legatarios de parte alícuota.

En cambio, las donaciones sólo forman parte de la *masa de extracción* a efectos y consecuencias del ejercicio de la acción de reducción por inoficiosidad.

Sin embargo, esta afirmación, que sostenemos, no ha sido admitida siempre unánimemente. Al tratar de la imputación de las donaciones hemos visto cómo diversos autores han afirmado: que lo donado en concepto de mejora debía reducirse en cuanto no cupiera en el segundo tercio y en la legítima del donatario; que lo donado simplemente a un legitimario debía reducirse en cuanto

no pudiera cubrirse con su legítima y con la parte de libre disposición; e incluso, por Navarro Amandi y Pérez Ardá, que si lo donado a los legitimarios excedía de su legítima los destinatarios del tercio disponible podían pedir su reducción.

El error de esas afirmaciones aparece más patente al encararlas con los artículos que hablan de la reducción de las donaciones:

Artículo 636: <No obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa, en todo lo que exceda de esta medida.>

Artículo 654: <Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas, computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del Código civil.>

Artículo 819, § 3.º: <En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.>

Artículo 820: <Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.>

El causante sólo puede disponer de un tercio a favor de extraños. Pero, a sus descendientes por vía de testamento y por ende de donación, puede darles hasta dos tercios del haber, además de su legítima estricta correspondiente. *Parte disponible a favor de los descendientes* es tanto el tercio de mejora como el de libre disposición.

La singular opinión que Pérez Ardá (995) deduce de los artículos 819, 825 y 829 C. c. —según la cual, cuando exceda de su legítima y en su caso de su mejora imputable al segundo tercio, «el donatario heredero forzoso ha de restituir el exceso de su donación en beneficio de los legatarios», porque «el tercio libre está destinado a los extraños»— no es sostenible (996) ni siquiera con el apoyo del artículo 655 C. c.

Dice así este discutido precepto: <Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derechos a legítima o a una parte alícuota de la herencia, y sus herederos o causahabientes. Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su

(995) Loc. cit., pág. 222. El mismo PÉREZ ARDÁ insiste en su tesis en otro trabajo. *Donaciones en favor de herederos forzosos*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. CXI, segundo semestre 1907, págs. 229 y ss.

(996) Ver la crítica de la tesis de PÉREZ ARDÁ que hace MORILLAS. *Donaciones a favor de herederos forzosos*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol. CX, primer semestre 1907, págs. 257 a 263.

derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa ni prestando su consentimiento a la donación. Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.>

Pocos meses después de promulgado el Código civil, Navarro Amandi (997), observaba: «El legatario de parte alícuota, ¿puede pedir la reducción de las donaciones y aprovecharse de ella? La redacción dada al último párrafo de este artículo, parece resolver la cuestión afirmativamente... Esta solución, sin embargo, no se compadece ni con la idea inicial de la reducción, ni con el precepto contenido en el primer párrafo de este artículo, y en los 636 y 818 (998)... Pero, ¿qué razón o qué propósito ha habido para que se añadan en nuestro artículo las palabras <que no lo sean de parte alícuota>? Confesamos serenamente que no se nos alcanza. Si pudiera extenderse la facultad de pedir la reducción de las donaciones a otras personas cuyo derecho a suceder emana de disposición de la ley, sería preciso concederla, no sólo a los legatarios de parte alícuota, sino a todo heredero puramente testamentario, lo cual no hace el Código... Lo que nos parece de todo punto evidente, es que el artículo ha sido redactado con poca fortuna, y aún nos atreveríamos a decir que con poca meditación... Sentada la base de que la redacción es defectuosa, ¿quién sabe hasta dónde alcanzará el defecto?, ¿quién sabe, por tanto, cuál ha sido el propósito del legislador? Acaso no ha querido decir lo que parece dicho en el párrafo en cuestión. Acaso no se ha propuesto conceder al legatario de parte alícuota facultad de pedir la reducción, sino sólo la de aprovecharse de ella.»

Otros de los primeros comentaristas del Código civil, Bonel (999) y Falcón (1.000), a pesar de la letra del artículo 655 afirman, respectivamente, que si «el donante no tuviera herederos forzosos, no habría motivo para declarar inoficiosa la donación, porque a nadie que legalmente tuviera algún derecho a sucederle se le perjudica» y que «su causa (*la de la reducción*) es el derecho a la legítima».

También Morell (1.001), indirectamente, al criticar la tesis de Pérez Ardá, dice de ella, que «sobre hallarse destituida de todo fundamento serio, legal, significa la concesión a los extraños de un

(997) *Cuestionario...*, vol. cit., art. 655, págs. 77 y ss.

(998) Esta aseveración negativa parece contradecirse con la opinión antes aludida del mismo NAVARRO AMANDI, al comentar el art. 825 (págs. 311 y ss.) donde afirma que las donaciones hechas a los hijos o descendientes, si se hicieron en concepto de mejora «serán reducibles si exceden del tercio de mejora», y las que no tengan ese carácter «lo serán si exceden de su porción de legítima, estricta o diminuta.» De acuerdo con esta tesis el artículo 656 resultaría lógico y es notable que no se lo parezca a NAVARRO AMANDI.

(999) *Op. y vol. cit.*, art. 654, pág. 197.

(1.000) *Op. y vol. cit.*, pag. 41.

(1.001) *Donaciones a favor de herederos forzosos*, en R. G. I. J., vol. CX., primer semestre 1907, pág. 273

privilegio sobre la porción libre, la derogación en su exclusivo interés de los preceptos de los artículos 656 y 825, y la facultad de esas personas de hacer reducir y aun anular las donaciones hechas a los herederos forzosos en cuanto ofendan su participación en dicha porción, aprovechándose así de la coacción de dichas donaciones, privilegio, derogación, reducción o anulación y aprovechamiento que, no sólo no se establece en ningún artículo del Código ni debe establecerse, sino que se hallan contradichos por los que han servido de base a nuestra opinión..., y por el precepto del 655 que, en general, no quiere que en caso alguno puedan exigir a los legatarios, acreedores ni donatarios extraños la reducción de las donaciones, ni aprovecharse de ella».

En cambio, Sánchez Román (1.002) y Mucius Scaevola (1.003), acataron la letra del artículo 655 y admiten el derecho de los legatarios que sean *de parte alicuota* a pedir y aprovecharse de la reducción de las donaciones. También Puig Peña (1.004), a pesar de afirmar que se trata de *un grave error*.

No así Manresa (1.005), a juicio de quien resulta —de los artículos 636 y 818 y siguientes del Código— «que existe en el 655 un error que, sin duda, ha pasado inadvertido. Pueden donarse en vida todos los bienes que pueden dejarse en testamento. Luego si no existe persona alguna con derecho a legítima, salvo la limitación de los artículos 634 y 635, es válida la donación en todos los bienes; el heredero voluntario, el legatario de parte alicuota recibirán lo que quede, si queda algo. ¿En qué podrían fundar su preferencia sobre los donatarios para pedir la reducción? Esa preferencia no existe: el testador no pudo disponer de toda aquella porción de sus bienes que la ley reserva, aun contra su voluntad para los herederos forzosos; esa porción no es suya, es de los legitimarios, y ésta es la razón de que los legitimarios puedan pedirla, esté donde esté. Mas la porción libre es del donante, y si éste dispuso de ella en vida, no puede volver a disponer para después de la muerte, porque esto equivaldría a poder revocar a su arbitrio un acto que es por su naturaleza irrevocable, o a enajenar dos veces una misma cosa. Luego los herederos voluntarios, y los legatarios de parte alicuota no pueden pedir la reducción».

Clemente de Diego (1.006) ha explicado que: «El origen del

(1.002) Op. cit., vol. IV, cap. XXII, núm. 56, pág. 708.

(1.003) Op. cit., XI-II, 5.ª ed. Madrid, 1943, art. 655, págs. 910 y ss.: «Los (legatarios) de parte alicuota tienen perfecto derecho a reclamar la reducción, tanto porque el párrafo primero del artículo 655 habla ampliamente <los que tengan derecho a una parte alicuota de la herencia>, sin distinguir entre herederos y legatarios, como porque el párrafo último del mismo artículo excluye de manera franca a los legatarios que no sean de parte alicuota, de donde es preciso inferir a *contrario sensu* que no rechaza a los legatarios de parte alicuota, puesto que calla tocante a ellos».

(1.004) *Tratado de Derecho Civil Español*, vol. IV-II, Madrid, 1946, páginas 172 y ss.

(1.005) Op. cit., vol. V, art. 655, págs. 181 y ss.

(1.006) *Instituciones...*, vol. II, pág. 209, nota 1.

dislate está en que, reconociéndose en el Código italiano una cuota en usufructo al cónyuge, decía: los legitimarios y los que tienen derecho a una parte alícuota de la herencia, etc., y esto el legislador español lo refirió a los legatarios de parte alícuota».

De Buen (1.007), Casso (1.008), Castán (1.009), Royo Martínez (1.010), Roca Sastre (1.011) son de esta opinión. Según el último «la concesión que de dicha acción hace el artículo 655, apartados 1.º y 3.º a los <que tengan derecho... a una parte alícuota de la herencia> (herederos y legatorios parciarios), ha de estimarse errónea y como tal por escrita».

Sin lugar a dudas creemos que debe ser así. Las únicas donaciones sujetas a reducción son aquellas que resultan inoficiosas (artículos 654 y 820). Inoficiosas son aquellas donaciones que exceden de la porción disponible (arts. 636 y 819, § 3.º). Y deben respetarse las donaciones «mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento» (art. 820, núm. 1).

Queda aclarado de este modo que sólo los legitimarios pueden pedir la reducción de las donaciones y que únicamente son reducibles las que resulten inoficiosas. Ahora bien, debe subrayarse que el cónyuge viudo se halla entre los que pueden pedirla. Así lo declara la Sentencia de 3 de abril de 1936: «aun cuando el vínculo matrimonial se hubiera contraído con posterioridad a la fecha de esas donaciones, ya que los artículos 636, 654 y 655 se refieren al momento de la muerte del donante, para declaración de la inoficiosidad de las donaciones, para la computación de su valor con el valor líquido de los bienes del donante y para determinar las personas que pueden pedir la reducción».

Con ello, el Tribunal Supremo ha resuelto afirmativamente una pregunta formulada por Manresa (1.012) acerca de si los hijos nacidos después de la donación o el cónyuge casado con posterioridad a la misma, pueden pedir la reducción. La respuesta del comentarista fué también afirmativa, ya que en la ortodoxia legal vigente para juzgar la oficiosidad de las donaciones «no hay que volver la vista para nada al tiempo de la donación», puesto que debe determinarse con relación al caudal del causante a su fallecimiento, incrementando contablemente con el valor de las donaciones que el mismo hubiera otorgado.

Conforme al artículo 655, § 3.º, los acreedores del difunto no pueden aprovecharse de la reducción. El Código civil, a diferencia de otras legislaciones, no requiere para ello que el legitimario que obtuvo la reducción haya aceptado a beneficio de inventario.

(1.007) Notas cits., vol. cit., § 7, pag. 465.

(1.008) Op y vol. cits., tema XLV, pag. 380, nota 1.

(1.009) Op. vol. cits., pag. 40 y a la 7.ª ed., vol. IV, págs. 199 y ss.

(1.010) Op. cit., pag. 242.

(1.011) Notas al Kipp, vol. cit., § 136, VI, b, pag. 350.

(1.012) Op. y vol. ult. cit., pag. 182.

Roca Sastre (1.013) y Lacruz Berdejo (1.014) creen que si el legitimario aceptó la herencia sin beneficio de inventario, cabe sostener que los acreedores del causante pueden ejercer por vía de *subrogación* (arts. 1.111 y 1.001 C. c.) la acción de reducción por inoficiosidad. Royo Martínez (1.015) opina, por el contrario, que los acreedores carecen de otra acción que no sea la paulina (artículos 643 y 1.297 C. c.) si la donación fué hecha en fraude de acreedores. Manresa (1.016) observó que «el precepto del artículo 655 ha de respetarse siempre, por que la ley no quiere que en caso alguno el donatario pueda ser despojado de algo en beneficio de los acreedores cuyos créditos sean posteriores a la donación. Luego si el legitimario no tuviese más bienes que los que obtuvo por la reducción, el acreedor no podrá cobrarse con ella».

En realidad, para plantear en sus exactos términos esa cuestión es necesario reconsiderar ciertos datos. La legítima representa un activo líquido; si no lo hay, no será efectiva la legítima ni habrá lugar a reducción de donaciones. La acción subrogatoria, como subsidiaria que es (art. 1.111) no pueden ejercitarla los acreedores del causante sin agotar los bienes del deudor, es decir, de la herencia y de los herederos que no hayan aceptado a beneficio de inventario. Pero, además, en nuestro caso, aunque el activo de las legítimas se halle representado exclusivamente por las donaciones inoficiosas, parece desprenderse del artículo 655 que en el ejercicio de la acción de reducción no cabe subrogación de los acreedores del difunto. Una vez confundidos los bienes de la herencia, los del heredero y los que éste haya obtenido con el ejercicio de la acción de reducción, parece que únicamente entonces, si el heredero no aceptó a beneficio de inventario, los acreedores de la herencia podrán dirigirse indistintamente contra cualquiera de dichos bienes, aunque sean los obtenidos por el heredero con la reducción de la donación inoficiosa.

B) *Donaciones a reducir y orden de la reducción.*

a) Conforme al número 1.º del artículo 820 C. c.: <Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.> Y según el artículo 656: <Si siendo dos o más las donaciones no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente>. Siendo de igual fecha, como dice Clemente de Diego (1.017), deberán reducirse a prorrata por aplicación analógica del número 2.º del artículo 820, a menos que el donante al otorgarlas hubiese determinado otra cosa.

(1.013) Loc. últ. cit., págs. 350 in fine y 351.

(1.014) Notas al Binder cits., § 33, II, pág. 307.

(1.015) Loc. últ. cit.

(1.016) Op. y vol. últ. cits., art. 655, pág. 187.

(1.017) Op. cit., vol. II, pág. 212, nota 2.

Las donaciones *mortis causa*, según Scaevola (1.018) y Valverde (1.019) deben entenderse comprendidas entre los legados. Pero, a juicio nuestro, que ya expresamos anteriormente (1.020), las donaciones *mortis causa* a los efectos del artículo 820, número 1.º, han de ser catalogadas entre las donaciones y no entre los legados. Razones: la independencia de las donaciones *mortis causa* con respecto al testamento del donante, y el tenor del artículo 820 que separa *donaciones y mandas hechas en testamento* (1.021). Las *mortis causa* no dejan de ser donaciones ni se otorgan en testamento, donde ciertamente perderían su identidad confundándose con los legados. Por tanto, las donaciones *mortis causa* deberán respetarse si puede cubrirse la legítima reduciendo o anulando las mandas hechas en testamento.

El problema que plantean las donaciones *mortis causa* en materia de reducción radica a este efecto en la determinación de su fecha. Creemos que debe distinguirse: *a)* En las donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio, es decir, aquellas en que la propiedad fué transmitida al donatario en el acto de su otorgamiento, se atenderá a la fecha de su otorgamiento. *b)* Igual criterio cabe aplicar a las de tipo suspensivo en las cuales la posesión hubiese sido transmitida al donatario en el acto de su otorgamiento, pues esa transmisión posesoria puede considerarse como una tradición condicional que se perfecciona retroactivamente al premorir el donante sin haber revocado la donación. *c)* En cambio, en las demás donaciones *mortis causa* del tipo suspensivo, atendiendo a que se disponen para cuando muera el donante, es esta última fecha y no la de su otorgamiento la que debe considerarse como la verdadera fecha de la donación; por eso se reducirán después de las disposiciones testamentarias, pero antes que las donaciones *inter vivos*.

Otra interesante cuestión plantea la reducción de las primas de seguros de vida a favor de tercero, en el caso de que deban ser computadas como donación y puedan resultar inoficiosas. ¿A qué fecha se atenderá para juzgar si deben reducirse con prelación a otras donaciones? ¿La fecha en que se contrató el seguro, la del pago de cada prima separadamente, o la del fallecimiento del causante, por entender que la atribución del capital al beneficiario significa una donación *mortis causa* indirecta a favor de éste?

(1.018) Op. cit., vol. XI-I, 5.ª ed., Madrid, 1943, art. 820, pág. 588.

(1.019) Op. cit., vol. V, cap. XI, pág. 273.

(1.020) *La donación mortis causa...*, X-II, «Anales de la Ac. Matr. del Notariado», vol. V, págs. 743 y ss.

(1.021) Aparte de las indicadas en el texto, también podrían esgrimirse otras razones. Una de ellas es la relativa al momento de la perfección de la donación «*mortis causa*», que dogmáticamente corresponde al último instante de la vida del donante; esto es, un instante antes de estar muerto. Es decir, la misma razón que explicaba, porque en caso de conmorancia no tenía lugar la sucesión y, en cambio, se perfeccionaba la donación *mortis causa*. (Ver nuestros trabajos *La donación mortis causa...*, loc. cit., pág. 726, y *Donación, condición y conversión jurídica material*, en «An. Dr. Civ.», V-IV, págs. 1250 y ss.).

Atendiendo a que corresponde a las fechas de empobrecimiento del causante, nos inclinamos por aceptar la segunda solución, es decir, a referir como fecha distinta para cada prima la de su respectivo pago. Criterio que está de acuerdo con la consideración de que sólo las primas pagadas y no el capital pueden ser computables, en su caso, como antes hemos estudiado.

b) La reducción de las donaciones puede afectar a todas las que sean computables en la masa del cálculo de las legítimas, una a una, por el orden antes expuesto. Pero con esa regla que asemeja casi un axioma, parece que choca, como una excepción, lo dispuesto en el artículo 1.044 del Código civil: «Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos, sino en la parte que excedan de un décimo o más de la cantidad disponible por testamento.»

Pero, esa norma del artículo 1.044, ¿qué quiere realmente decir? ¿Establece una regla de colación o de reducción?, ¿señala un límite máximo no colacionable o un mínimo irreductible?

Los comentaristas del Código civil no están de acuerdo al contestar estas interrogaciones (1.022). En efecto:

2) Bonel (1.023), opina que este artículo ha seguido el criterio de las anteriores leyes que trataron de oponer un coto a los regalos de boda hechos entre los contrayentes y sus padres, y que al efecto ha establecido como tasa un décimo de la cantidad disponible por testamento. De esta opinión parece que también fue López R. Gómez (1.024), que entendió la tasa refiriéndola al décimo del tercio de libre disposición. Pero quien especialmente la ha sostenido ha sido Oyuelos (1.025), que, tras señalar el paralelismo de este artículo con el 1.331 C. c., afirma: «Ni los desposados podrán darse en capitulaciones matrimoniales más de la décima parte de sus bienes presentes, ni exceder en regalos de boda de esa misma cuantía; sobreentendido esto en lo que afecta al derecho de los herederos forzosos concurrentes.»

(1.022) La opinión de los autores es tanto más difícil de concordar cuanto que emplean en distinto sentido la palabra colación. Algunos la refieren en este caso a la imputación a la legítima. Otros, como veremos, hablan de colacionar el exceso inoficioso.

(1.023) Op. cit., vol. III, art. 1.044, pág. 700.

(1.024) Op. cit., vol. II, págs. 291 y ss.

(1.025) Op. y vol. cit., lib. III, tit. III, cap. IV, sec. I, núm. 13, página 350 y ss.

Razona así su opinión: «Se está, en efecto, dentro de la sección especial de la colación, pero el artículo 1.044 habla de reducción y de inoficiosidad. Opino, pues, en este último sentido: 1.º Por el lenguaje del Código, cuyo tenor literal es claro, sin ambigüedad alguna; 2.º Por el destino especial de las cantidades a un objeto concreto, cual es la boda, distinto del de una donación en bienes para gozarla el donatario; 3.º Por el engranaje del presente artículo con el 1.331, y 4.º Porque el mismo artículo 1.036 de la materia de colación, ve ya un caso de reducción por inoficiosidad.»

β) Sánchez Román (1.026), Manresa (1.027), Scaevola (1.028), Jaén (1.029), De Diego (1.030), Valverde (1.031) y Castán (1.032) consideran que estos regalos no son colacionables si no exceden de dicha décima parte de la porción disponible y que sólo en el exceso deben ser colacionados.

γ) De Buen (1.033) y Lacruz Berdejo (1.034) creen que este precepto no contiene norma alguna de colación, sino de reducción por inoficiosidad.

δ) Y Roca Sastre lo refiere tanto a la reducción por inoficiosidad como a la colación. En el primer aspecto entiende que declara en todo caso exentos de reducción los regalos de boda enumerados en el mismo en cuanto no excedan de un décimo de la porción disponible (1.035). Y con respecto a la colación, entiende que dichos regalos están sujetos a la regla general de la colacionabilidad en

(1.026) Op. cit., vol. VI-III, pág. 2.036, donde habla de que este artículo establece una *colación parcial*, «cuyo tipo de cuantía se ha fijado en armonía con el que establece el art. 1.331».

(1.027) Op. cit., vol. VII, art. 1.044, págs. 585 y ss. Con grave imprecisión terminológica dice: «En lo que excedan de esta medida serán inoficiosos y el donatario habrá de colacionar el importe del exceso si es heredero forzoso del donante y concurre a su sucesión con otros que también lo sean.»

(1.028) Op. cit. vol. XVIII, art. 1.044, pág. 191. Su conclusión es esta: «Tal exceso..., en vez de ser declarado ineficaz legalmente procede estimarlo como un anticipo de esa misma legítima o. lo que es lo mismo, tiene la consideración jurídica de colacionable, que es lo que declaraba el artículo 1.060 del Proyecto de 1882.» Porque, a su juicio (pág. 190), «bajo el supuesto establecido vale tanto decir *reducción* de regalos de boda, en ciertos casos, como *colación del exceso* del valor que aquéllos supongan sobre la décima parte de lo que puede disponer por razón de muerte el donante en favor de las personas favorecidas con esos regalos.»

(1.029) Op. cit., pág. 842: «El no emplearse en el artículo la palabra *colación*, aunque el mismo esté comprendido en el capítulo y sección destinados a la misma, ha podido originar algunas dudas; sin embargo, forzosamente hay que entender que los regalos comprendidos en dicho artículo deberán *colacionarse*, en cuanto excedan del décimo de la cantidad disponible por testamento, siendo éste el sentido en que se emplea el verbo *reducir*.»

(1.030) Op. cit., vol. III, pág. 402: «Los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos en la parte que excedan de un décimo o más de la cantidad disponible por testamento *son también colacionables*, se entiende en el exceso (1.044).»

(1.031) Op. cit., vol. V, pag. 550. Dice con imprecisión terminológica, que no se colacionarán dichos regalos «a no ser que haya que reducirlos por inoficiosos y cuanto esto suceda sólo serán colacionados en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento.»

(1.032) Op. cit. (ed. 1939), I-II, pág. 506. Estima colacionables: «3.º Los regalos de boda consistentes en joyas, vestidos y equipos en la parte que excedan de un décimo o más de la parte de libre disposición (art. 1.044).» Y añade sin usar con rigor técnico la terminología: «Procede en este caso la colación por ser inoficiosa la donación que excede de la cuota indicada.»

(1.033) Notas cits., vol. cit., pág. 427.

(1.034) Notas a BENDER, § 29, pág. 258.

(1.035) Notas a KRPP, vol. cit., § 136, II, págs. 345 y ss. A su juicio, el Código exceptúa de reducción por inoficiosidad «la parte de los regalos de boda (consistentes en joyas, vestidos y equipos) que no excedan del décimo del valor de la porción libre».

cuanto excedan de la décima o más de la parte de libre disposición testamentaria (1.036).

Hay que confesar que la letra de este precepto sólo determina una exención de inoficiosidad en la medida que fija.

No obstante, en este artículo hay algo que puede suscitar ciertas dudas. En efecto: ¿qué sentido tiene la expresión <o más> agregada a <en un décimo>? Realmente pueden inducir a la duda de si el artículo 1.044 quiso ordenar la reducción de dichos regalos en los dos mismos supuestos que en el artículo 1.331: *cuando excedieran en un décimo de los bienes presentes del donante o de más de la porción disponible por testamento*. En esta hipótesis se habrían omitido por error algunas palabras en el artículo 1.044 («de los bienes presentes del donante» entre <donante> y <o>, y «de» entre <o> y <más>).

El precedente más próximo del artículo 1.044 C. c., que es el artículo 1.060 del Proyecto de 1.882, en lugar de decir «*no se reducirán por inoficiosos*», decía «*serán colacionables*». Pero el Código rectificó esa redacción volviendo a la del artículo 880 del Proyecto de 1851. Claro que García Goyena (1.037), al glosar éste, señaló que en él se tomaba el término medio entre el régimen castellano —que sometía a colación los regalos de boda— y el criterio de los Códigos francés, sardo, napolitano, holandés, de Luisiana y de Vaud —que los eximieron de colación—, «sujetando (el artículo 980), únicamente a colación y declaración de inoficiosidad el exceso en un décimo o más de la cantidad disponible». Sin duda, García Goyena confundió en su glosa dos cuestiones distintas, pero su comentario puede servir de explicación al cambio de redacción observado en el artículo 1.060 del Proyecto de 1880, que expresó correctamente lo que García Goyena opinaba. Por eso mismo resulta más significativo el nuevo cambio de expresión, que terminológicamente regresa de la colación o la reducción por inoficiosidad.

Buscando precedentes históricos más remotos al artículo 1.044, podría alegarse la famosa Pragmática de Madrid de 1534, de la que ya nos hemos ocupado —que señaló a la dote el límite de no poderse mejorar con ella— y las Pragmáticas de 1623 y 1723. Estos precedentes serían, sin duda, favorables a la interpretación de Bonel y Oyuelos. Pero, por otra parte, la tasa del décimo de donde la recoge el artículo 1.331 —refiriéndola a los bienes del esposo donante— es del Fuero Real, libro III, título II, leyes 1 y 2, a través de la Pragmática de don Fernando y doña Juana, dada en Toro en 1505, que la impuso a las arras, limitándolas a la décima parte de los bienes del marido. ¿Por qué los redactores del Proyecto de 1851, aplicaron la medida del décimo a los regalos de boda de los padres a los hijos? ¿Fue por aplicarles el mismo límite que la citada Pragmática de Toro ponía a las arras, pero

(1.036) Notas y vol. cit., § 88. III, 2, pág. 58.

(1.037) *Concordancias...*, vol. cit., art. 880, pág. 251.

reduciéndolo al décimo de la porción disponible?, o bien, esa medida ¿no fué señalada como limitación para estos regalos, sino sólo como un módulo exento de colación, o como una medida exenta de reducción?

Como puede juzgarse por lo expuesto, estos precedentes no aclaran demasiado la cuestión. Por ello, como la letra nos parece algo más clara—a pesar de la incomprensible expresión <o más>—nos inclinamos por la interpretación de Roca Sastre refiriéndola tanto a la inoficiosidad, por su tenor literal, como a la colación, por su colocación sistemática y por la correlación que parece natural entre la irreductibilidad y la exención de colación.

Aquí nos interesa sólo el primer aspecto. En ése resulta evidente que el artículo 1.044 habla paladinamente de reducción por inoficiosidad. No dice que «se reducirán por inoficiosos en lo que excedan de la décima o más de la cantidad disponible en testamento» (expresión que sería la precisa para formular una excepción a la regla general, del artículo 636, de que puede donarse cuanto pueda disponerse por testamento), sino que «no se reducirán por inoficiosas sino en lo que excedan de un décimo o más de la cantidad disponible en testamento» (excepción sólo aplicable a la regla —del art. 656— de que se reducirán en cuanto fuera necesario por orden inverso a sus fechas las donaciones que no quepan en la porción disponible). No se expresa con ambas redacciones una misma cosa, por activa en una y por pasiva en la otra, sino que se sientan dos afirmaciones distintas, como son la de fijar un límite máximo que no pueda rebasarse y la de señalar un mínimo exento de reducción.

A la coincidencia de los artículos 1.044 y 1.331 en la referencia a un décimo no puede, pues, dársele trascendencia. Tanto más cuanto que ni siquiera se refieren los dos a cuotas iguales: La del 1.331 es un décimo de los bienes presentes; la del 1.044 (prescindiendo de la posibilidad de que falten en el mismo algunas palabras) es un décimo de la cantidad disponible en testamento.

Orientada en este sentido la norma del artículo 1.044, debemos acabar de explicar su referencia a la inoficiosidad:

Nunca puede ser individualmente considerada inoficiosa una donación que no exceda de un décimo de los bienes disponibles, pues siendo menor que la parte disponible evidentemente es oficiosa. Pero esa misma donación puede resultar inoficiosa, considerada conjuntamente con otras donaciones, conforme al artículo 656 (1.038). Pues bien, aun en este caso, la donación que estudiamos no se deberá reducirse en cuanto no exceda del décimo de la porción disponible (que tratándose de disposiciones a favor de hijos comprende dos tercios del haber y no sólo uno como con respecto

(1.038) Verbigracia, pensemos en el supuesto de que un padre que dejó 30, hubiese donado 10 a extraños, otros 10 como mejora a uno de sus diez hijos y que posteriormente a otro hijo le hizo regalos de boda por valor de 2.

a extraños), y, por lo tanto, exceptuándose el orden de reducción señalado en el artículo 656, deberán reducirse las otras donaciones aun siendo de fecha anterior. El artículo 1.044 —según esa interpretación— no supone sino una excepción a la regla general del artículo 656 C. c.

Indudablemente, el artículo 1.044 es de los que necesitan un retoque en su redacción y seguramente también en su colocación, aunque quizá sería preferible su total desaparición del Código.

c) La insolvencia del donatario sujeto a reducción, si ha enajenado el bien donado o lo ha perdido, plantea la cuestión de quién deberá soportar esa insolvencia. Anteriormente vimos que se ha discutido por la doctrina extranjera si son los legitimarios quienes deben soportarla; si, por el contrario, estos pueden pedir la reducción de las donaciones anteriores por orden inverso de fechas, repercutiendo así en estos donatarios la inoficiosidad de lo donado al insolvente; o bien, si la donación no reducible por insolvencia del donatario no debe ser computada en la masa de cálculo, de modo que tanto la legítima como las porciones disponibles quedan proporcionalmente disminuidas.

De esta última opinión ha sido Manresa (1.039), para quien «la equidad, en ese caso, aconseja que se prescinda del importe de aquella donación para el cómputo de la legítima, considerando los bienes en que consistía como no existentes en el patrimonio del difunto».

También Roca Sastre (1.040) estima «que es de equidad prescindir de momento de dicho valor al calcular la legítima, reputando como no hecha tal donación, por bien que dejando viva la acción de abono del referido valor contra el donatario, por si pasare a mejor fortuna, atribuyendo tal acción a los legitimarios o al donatario anterior que pueda entonces resultar alcanzado de inoficiosidad».

Nosotros, por el contrario, nos inclinamos a estimar que el riesgo de la insolvencia del donatario sólo corresponde a los legitimarios. No olvidemos que la acción de reducción es una acción rescisoria de la que es titular el legitimario, dirigida a reclamar lo donado en exceso, o subsidiariamente su importe. Como acreedor —de cosa o de valor, según los casos— debe corresponderle al legitimario el riesgo de la insolvencia del donatario (1.041). El artículo 636 ni el 654 dan base para repercutir, directa ni indirectamente, en todo ni en parte, a los donatarios anteriores el riesgo de la insolvencia de otro donatario posterior, tanto más cuanto que sigue viva la acción del legitimario contra el donatario anterior, que podría llegar a poder hacerse efectiva si éste mejorase de fortuna.

(1.039) Op. cit., vol. V, cit. 656, págs. 185 y ss.

(1.040) Notas cit., vol. cit., § 136, VI, c), pág. 352.

(1.041) Así lo entienden MANRESA (op. cit., V, pág. 185), CLEMENTE DE DIEGO (op. cit., vol. II, pág. 210), ROCA SASTRE (Notas a KIPP, vol. cit., 136, VI, c), pág. 351) y LACRUZ BERDEJO (Notas a BINDER, 33, II, pág. 307).

C) *Naturaleza, modo de realizarse y efectos de la acción de reducción.*

Navarro Amandi (1.042), influido por la opinión de García Goyena referida al Proyecto de 1851, recoge las palabras de éste autor, más propias para aplicarlas al sistema francés de reservas y de reducción, y estima que en el mismo instante de fallecer el causante todos sus bienes, e incluso el exceso inoficioso de los donados, pasan al dominio y posesión de sus herederos forzosos. Pero esta solución no encaja con la configuración de las legítimas en el Código civil español, ni con sus preceptos aplicables a la reducción por inoficiosidad, como vamos a ver. Tampoco hay base para aceptar la afirmación de Scaevola (1.043), según el cual la de reducción es una acción de nulidad total o parcial.

La mayor parte de la doctrina estima que se trata de una acción rescisoria. Así Falcón (1.044), Manresa (1.045), Roca Sastre (1.046), Porpeta (1.047), Lacruz Berdejo (1.048), opinan que la revocación no alcanzará a los bienes enajenados, sin perjuicio de que el donatario deba abonar en metálico el importe a reducir.

Efectivamente, el artículo 654, se remite a las disposiciones de su propio capítulo. Y en éste, el § 1.º del artículo 651, en cuanto a la no devolución de los frutos percibidos por el donatario, asimila la reducción por inoficiosidad con la revocación por ingratitud y por sobreveniencia de hijos, de efectos *ex nunc* conforme a los artículos 645, 649 y 650. Además, como dice Manresa (1.049), se trata «de la rescisión de un acto válidamente celebrado, y con arreglo al artículo 621 deben estimarse aplicables los artículos 1.294 y 1.295 y aún el 1.299».

Explica Roca Sastre (1.050) que la interferencia de la Ley Hipotecaria en protección de terceros no altera ese tratamiento jurídico. La acción de reducción sólo alcanza al tercer adquirente si no lo es a título oneroso y de buena fe. Siéndolo no le puede alcanzar aunque no haya inscrito su adquisición.

Hay que aclarar que en este caso la buena fe —por referirse a un derecho personal, como es el derivado de una acción de rescisión— no falta por el hecho de conocer el adquirente la posible existencia de ese derecho o esa acción. Ya que su adquisición, por lo menos en vida del donatario, no significa lesión para un derecho que sólo

(1.042) Cuestionario..., vol. cit., art. 654, pág. 76.

(1.043) Op. cit., XI-II, art. 654, pág. 914.

(1.044) Op. cit., vol. III, pág. 42.

(1.045) Op. cit., V, pág. 184.

(1.046) *Naturaleza jurídica de la legítima*, loc. cit., pág. 207 y nota 73, y Notas a KIPP, vol. cit., § 136, pág. 351.

(1.047) *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «Estudios de Derecho Sucesorio». Conferencias en el Colegio Notarial de Barcelona, año 1945 (Barcelona, 1946), págs. 187 y ss.

(1.048) Loc. últ. cit., pág. 306.

(1.049) Loc. últ. cit.

(1.050) Notas a KIPP, loc. y pág. últ. cit.

nace al fallecer aquél. La mala fe, como con referencia a la acción Pauliana o a la deriva del artículo 1.124, requiere aquí conocimiento del fraude. Es decir, que el adquirente sepa que la enajenación se hace para defraudar a los legitimarios, burlando su posible acción de reducción.

Ahora bien, esa acción, aunque personal, se dirige, en principios, a la restitución material, *in natura* o en cuerpos, salvo en los supuestos que excepcionan los artículos 820 y 821 C. c., como resulta *sensu contrario* de estos artículos.

El § 2.º del artículo 654, además que a las reglas del propio capítulo de los efectos y limitación de las donaciones, se remite a lo dispuesto en los artículos 820 y 821 C. c. La remisión a este segundo precepto, significa que la reducción y consiguiente restitución cuando el bien donado consista en una finca que no admita cómoda división, deberá verificarse materialmente o bien en valor, según que el montante a reducir absorba o no la mitad del valor de la cosa donada. Aunque el artículo 654 no lo diga, parece evidente que también el artículo 822, por ser complemento del artículo 821, debe ser de aplicación a la reducción de las donaciones (1.051).

Finalmente, aunque los bienes o valores restituidos por reducción de donaciones, entren en la masa partible, no puede decirse que formen parte, por lo menos a todos sus efectos, de los bienes hereditarios o propiamente relictos, pues, como anteriormente vimos, los acreedores del causante no tienen derecho a dirigirse contra ellos, ni su devolución amplía la masa de extracción para los herederos voluntarios, ni para los legatarios, sean o no de parte alícuota.

§ 14.—La colación propiamente dicha en el Código civil.

Al ocuparnos de estudiar la colación, según la regula el Código civil, nos será más necesario que nunca tener presente los antecedentes históricos que hemos estudiado y la posición de las legislaciones extranjeras, que en gran parte a través del Proyecto de 1851, no sólo influyeron en la sistemática del Código civil, sino también en las innovaciones que éste introdujo en la materia de la colación.

Sólo así será posible acometer una interpretación seria de lo que nuestro primer cuerpo legal quiere ordenar en la sección 1.ª del capítulo IV, título III del libro III. Porque en ella, como en todos los Códigos influidos por el napoleónico, se entremezclan cuestiones diferentes (computación, reducción y verdadera colación) y se utiliza indistintamente la palabra colación aplicándola en su múltiple significado con diverso sentido en unos y otros preceptos. Hará falta, por lo tanto, analizar cuidadosamente el contenido de esa sección, para aislar lo que se refiere a la colación pro-

(1.051) Así lo ha entendido, v. gr., CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones*, vol. II, pág. 210, nota 1.

piamente dicha, lo que es tema de computación, de imputación o de la reducción y cuanto sea materia común a varias de estas operaciones.

Al estudiar esta materia en el Derecho histórico de Castilla, vimos cuál era el concepto ortodoxo de la colación, como correspondía al del Derecho romano justiniano y las desviaciones del mismo que se insinuaron, con Héctor Rodríguez, de una parte, y con Parladorio, de otra. Tal vez convenga recordar las razones que pudieron influir en estas desviaciones. En síntesis, estas dos:

1) La legítima castellana resultaba por sustracción de la parte realmente dispuesta de quinto y tercio, y como de estas cuotas se disponía normalmente a título singular, resultaba que la legítima efectiva y la masa divisible entre los herederos a título de herencia, después de deducidas mandas y mejoras, coincidían casi siempre. Por lo tanto, en la práctica normalmente coincidían en su resultado la imputación a la legítima y la colación por toma de menos a la cuota hereditaria del donatario colacionante.

Cuando la donación a colacionar excedía de la cuota hereditaria del obligado, sería lo normal que éste repudiara la herencia para poder imputar el exceso que no fuera inoficioso al quinto y al tercio como mejora, saltándose así de uno de los supuestos de la ley 29 de Toro —colación de la totalidad— al otro supuesto —imputación sucesiva a la legítima, *quinto* y tercio y reducción únicamente en el exceso—. Por lo tanto, tampoco es de extrañar que, en una síntesis inexacta, llegaran alguna vez a confundirse ambos supuestos en el segundo, pero con la denominación del primero.

De ambas confusiones surgió el error de Parladorio, en el que incurrieron Llamas y Molina, Escriche y Las Casas en el siglo pasado.

De la segunda nació el error de Héctor Rodríguez. De él, en el Siglo de Oro, se burlaron los auditores de la Real Chancillería de Valladolid, pero en el siglo XIX le siguieron en su error nada menos que Morató, Llamas y Molina —en cuanto la que llama colación numeral— Martí de Eixalá, La Serna y Montalbán, Benito Gutiérrez y González Serrano.

Además, hemos notado que el uso de la palabra colación no sólo se ha utilizado en el doble significado de computar y de colacionar propiamente, sino también refiriéndola a la restitución a la masa del exceso inoficioso (Salas, Llamas y Molina, Morató, Las Casas, Navarro Amandi). Triplicidad que explica, de una parte, el doble concepto de la colación que expone el artículo 1.035 y, de otra, la salvedad señalada para los supuestos en que no se deba colacionar a los que se señala la salvedad de que la donación deba reducirse por inoficiosa (artículo 1.036) o de que haya perjuicio para las legítimas (arts. 1.037, 1.042). Confusión de dos conceptos distintos, reducción y colación, conservada a pesar de que Retes distinguiera perfectamente, varios siglos antes, que la

devolución a la masa se verificaba: en un supuesto, *propter jure collationis*, y, en el otro, *propter inofficiositas*.

Lo cierto es que hoy ha cesado la primera de las razones de confusión enunciadas. Como escribimos hace unos años (1.052), en el Código civil ha desaparecido la base de ese normal paralelismo existente en el Derecho de Castilla entre la imputación a la legítima y reducción de las donaciones inoficiosas, por un lado, y colación propiamente dicha, por otro. La legítima de los descendientes ya no es toda la herencia, deducidas quinto y tercio en caso de haber dispuesto el causante de ambos. Es sólo un tercio del haber, entre descendientes, o dos tercios, respecto a los extraños. Además de que puede disponerse de la legítima a título singular. Por lo tanto, el haber partible entre los herederos y las legítimas, como masas, han acentuado su separación dogmática y práctica, cualitativa y cuantitativa.

No hay que olvidar tampoco que el Código de Napoleón, al tratar de la colación, mezcló en su articulado cuestiones de que en rigor correspondían a la computación. Ni que también en alguno de sus preceptos se usa el término *rapporl* en sentido vulgar de llevar a la masa, aplicándolo a la restitución del exceso inoficioso de lo donado. Ni que esa confusión se mantuvo en el Código italiano de 1865 y especialmente en el de Portugal. Sin perjuicio —y ahí está la moraleja— de que las doctrinas francesas, italiana y portuguesa hayan superado esas deficiencias, distinguiendo con toda precisión —como hemos visto— la colación de la computación, la imputación y la reducción.

A) *Concepto y fundamento de la colación <estricto sensu>*.

Según el artículo 1.035 C. c.: «El heredero forzoso, que concorra con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer 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 a la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición».

No dejó de chocar a Mucius Scaevola (1.053) la contraposición entre los fines que, en este artículo, son asignados a la colación: «la regulación de las legítimas» y «la cuenta de la partición». Pero termina por aceptar que son dos finalidades o conceptos «perfectamente explicables y compatibles dentro de los fines de la colación. Esta primeramente afecta a la cuantía legitimaria, porque la disminuye o la da ya en parte por entregada; e influye, por consiguiente, de manera considerable en la cuenta final de la partición, porque sería muy otra si no mediaran las deducciones que lleva consigo la obligación de colacionar».

Pero esa duplicidad, enunciada en el artículo 1.035, debe analizarse con visión más amplia. Oteando totalmente el panorama de

(1.052) *La mejora tácita...*, loc. cit., págs. 109 y ss.

(1.053) Op. cit., vol. XVIII, art. 1.035, págs. 121 y 140 y ss.

la sección dedicada a la colación y de los artículos 818 y concordantes, no sólo en su aspecto actual, sino también en su dimensión histórica y en su cristalización a través de la labor codificadora.

La doctrina posterior al Código civil ha entendido de diversas maneras la colación:

a) Para Burón (1.054), Manresa (1.055), Sánchez Román (1.056) y Mucius Scaevola (1.057) la colación viene a ser la computación y la consiguiente imputación a legítima o como mejora de lo donado, verificadas exclusivamente entre los herederos forzosos con el objeto de regular las legítimas y las mejoras. Por eso el primero de los citados autores expresa que la finalidad que la colación persigue es la igualdad entre los hijos, con la «única diferencia de las mejoras», y que son objeto de colación y no de partición las mejoras y los regalos de boda que no excedan de un décimo de la porción disponible (1.058).

Manresa (1.059) explica así la colación: «Del líquido que resulte (comprendiendo solamente los bienes y derechos pertenecientes al testador, al tiempo de su muerte, con deducción de las deudas y demás obligaciones de ese caudal) se deducirá el tercio,

(1.054) Op. y vol. cit., núm. 1.122, pág. 201 y núm. 1.124, pág. 204.

(1.055) Ver locs. cit. anteriormente en las notas 741 y 742.

(1.056) Ver locs. cit. anteriormente en las notas 733, 734 y 735.

(1.057) Op. cit., vol. XVIII, art. 1.036, págs. 141 y ss. Explica así la colación: «Aquella (la disposición del art. 1.035) habla de las legítimas sin aclarar cuál haya de ser, en la sucesión testamentaria, la que deba tenerse presente a los efectos de la colación. Si un hijo, en vida del padre, por ejemplo, recibe de él 3.000 pesetas, correspondiéndole en el reparto del tercio de la legítima estricta o en los dos tercios, si no hay mejora, 3.500, claro es que queda satisfecho con que se le entreguen sólo 500 pesetas. Pero si al mismo hijo se le dieron por título gratuito 3.000 pesetas y por vía de mejora se le conceden 500, habiendo ya en vida del padre recibido ambas cantidades, ¿se considerará pagado por entero al concurrir con otros legitimarios o habrá de recibir ade más 500 pesetas al abrirse la sucesión en que figura como heredero forzoso? Es debida la mejora de las 500 pesetas si figura dejada en testamento por ser entonces de forzosa aplicación el artículo 1.037, según el que no se entiende su jeto a colación lo dejado en el testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas; mas como las 500 pesetas entregadas en vida, que exceden de lo debido por legítima, ha de restituir las ese heredero forzoso a la herencia, hay ahí una verdadera compensación de deudas y, por tanto, dicho interesado nada ha de percibir ni pagar. Habiendo se hecho la mejora en vida, la colación procederá entonces hacerla efectiva dentro del tercio de mejora de que el padre está facultado para disponer en favor de cualquiera de sus hijos. La legítima, dentro de la sucesión abintestato, será la porción que en el reparto de la herencia corresponda legítimamente a cada heredero, siendo más de uno.»

(1.058) En el núm. 1.124, págs. 202 y ss., Burón clasifica: 1.º Los bienes que no son objeto de colación ni de partición. 2.º Los que son de colación, pero no de partición; y 3.º Los que son objeto de colación y de partición. Entre los primeros coloca aquellos que no son computables o, por lo menos, no son imputables a la legítima ni a la mejora. En el segundo grupo clasifica los que considera imputables como mejora. En el tercero los que deban formar parte de la masa común constituyente de la legítima e imputase a la correspondiente al colacionante.

(1.059) Código civil..., vol. VII, art. 1.035, pág. 553.

de que el padre puede disponer libremente en todo caso...; y a los dos tercios restantes que constituyen la legítima de los descendientes, se agregará el importe de las donaciones colacionables por el valor que tenían al tiempo de hacerlas. La cantidad que resulte, sumando los dos tercios de legítima y las donaciones colacionables, se repartirá por partes iguales entre los herederos forzosos, o en la proporción que les corresponda conforme a la ley y a la voluntad del testador».

Para Sánchez Román, la defensa de las legítimas se verifica a través de dos instituciones: *la reducción* (que requiere un cálculo previo, que con significado menos propio también se denomina colación), y *la colación propiamente dicha*. A su juicio (1.060), «en el concepto legal que el Código atribuye a esta palabra y la aplica, no es otra cosa que la *imputación* a los herederos forzosos en parte de pago de su legítima corta y también de la larga o mejora..., de lo recibido por título lucrativo o gratuito por cualquiera de dichos herederos forzosos que concurren con otros de igual calidad a la sucesión del causante común, donante o mejorante de aquellos y la revocación o reintegro a la masa hereditaria del exceso que resultara de aquellas donaciones hechas en vida por el mismo, para que, incluyéndolas en el activo de la herencia se dividan entre los partícipes y no se perjudique la legítima de los herederos forzosos que no recibieron nada por dote, donación o título lucrativo de dicho causante común en vida de éste».

Para este grupo de autores la colación no se confunde con la computación general del haber, ni con la imputación de todas las donaciones a su correspondiente tercio, ni siquiera con la mera imputación a la legítima estricta del donatario. La consideran como una computación parcial, con sus consiguientes imputaciones, verificada exclusivamente por los herederos forzosos entre sí.

Una operación complementaria del cálculo de las legítimas. Un reajuste particular que verifican entre sí los herederos forzosos.

Ciertamente que ninguno de estos autores incurre en confusión de la colación con la computación o de aquella con la imputación a la legítima tan frecuente en el siglo pasado y a las que antes nos hemos referido. Pero, en cambio, inciden en otros errores.

Uno de ellos tiene hondas raíces en el Derecho castellano. Antes lo hemos revisado. Es el de considerar que existen dos distintas computaciones del caudal: una respecto a extraños y otra entre los hijos (1.061). Parte de libre disposición, tercio de mejora

(1.060) Op. cit., vol. VI-III, pág. 2.026.

(1.061) MANRESA, como vimos antes, calcula el tercio de libre disposición exclusivamente del caudal relicto líquido; imputa en él las donaciones no colacionables y los legados no dispuestos con carácter colacionable; en su exceso los reduce y sobre el resto verifica la colación como un complemento del cálculo de las legítimas.

SÁNCHEZ ROMÁN también calcula inicialmente la legítima y la parte disponible con referencia limitada al caudal relicto. Pero completa su cálculo con otras dos operaciones: la colación, por la que agrega a las legítimas todas las

y tercio de legítima estricta no serían de ese modo partes alícuotas del mismo todo. El error arranca de involucrar la colación en el cálculo de las legítimas.

Valverde (1.062) se confunde de modo semejante, por cuanto, siguiendo a Sánchez Román, dice: «Responden los efectos de esta institución al fin principal de la misma, que no es otro que el de producir la igualdad entre los herederos forzosos, llevando los bienes y valores que se recibieron por estos a título lucrativo del causante a la masa hereditaria para tomarlas en cuanto en la partición. Supone, pues, la colación, una serie de operaciones complejas que son las siguientes: 1.ª Colacionar, que es agregar o incorporar a la masa hereditaria el valor de los bienes colacionables. 2.ª Imputar o aplicar la cifra colacionada a las legítimas, corta o larga, según que haya o no mejora, y lo que reste a la parte de libre disposición. 3.ª Reducir el exceso, si lo hubiere, después de estas imputaciones y aplicaciones legales, de modo que no se menoscabe o perjudique la legítima de los demás herederos forzosos. 4.ª Traer a partición materialmente y restituir al cuerpo general de bienes dicho exceso, o sea, lo que supere al resultado de aquella reducción, para que con ese reintegro a la herencia, se restablezca el principio de igualdad entre los herederos por razón de la legítima».

La doctrina de estos autores, que involucran la colación con la distribución de las legítimas entre los legitimarios, no puede salvar un dilema insoluble con respecto a la que llaman colación de las mejoras en los supuestos en que la legítima sea atribuida a título singular. Si la colación supone la distribución *pro portionis hereditariis*, los legados a cuenta de la legítima y de la mejora no deben entrar en la colación. Si es así, es decir, si no son colacionados, la colación no puede por sí sola resolver totalmente la cuenta de las legítimas entre los legitimarios, puesto que no abarcará la totalidad de sus partidas.

donaciones colacionables entre las que incluye las otorgadas como mejora, y la reducción por inoficiosidad de las disposiciones *mortis causa* o *inter vivos* que excedan de una tercera parte de la suma del líquido relicto y de todo lo donado.

La diferencia entre la posición de MANRESA y la de SÁNCHEZ ROMÁN no se halla en la colación, sino en la reducción. Aquél la calcula midiendo las disposiciones no colacionables con el módulo de un tercio del haber relicto líquido. Este la determina examinando si las donaciones no colacionables caben en el tercio de la suma de lo relicto líquido y lo donado.

(1.062) Op. y vol. cit., cap. XXIV, págs. 550 y ss. No obstante, afirma (página 543) «que incurren en error aquellos autores que afirman que la colación está unida a la institución de las legítimas de tal modo que, según ellos, si existiera la libertad de disposición la colación sería innecesaria, pues ovidan que su fundamento es que haya igualdad entre los herederos forzosos y que los anticipos que hizo el causante en vida no sean definidos mientras no se agreguen a la masa hereditaria, y buena prueba de ello es que la colación cabe lo mismo en la sucesión testamentaria que en la intestada».

b) López R. Gómez (1.063), Navarro Amandi (1.064), Bonel (1.065), Oyuelos (1.066), De Buen (1.067) y Alguer (1.068), parece que reducen el contenido de la colación en sentido estricto a la imputación a la legítima, excluida la mejora, de lo que sin dispensa de colación fué donado a los herederos forzosos que concurran a la sucesión del donatario.

Dice el primero, que no puede tener lugar sino en el caso de que la herencia haya de pasar a herederos forzosos para que entre ellos exista perfecta igualdad en la extensión y alcance de sus respectivos derechos, percibiendo todos y cada uno de ellos la misma porción hereditaria, con el concepto de legítima. «Cuando el testador disponga —dice el segundo— que este heredero no colacione, lo que quiere decirse no es que deje de tomarse en cuenta lo donado para reducir la donación si fuere excesiva; lo que quiere decirse es que no se impute a la legítima, sino a la mejora o a la parte de libre disposición». Su finalidad, según el tercero, se halla en la igualdad entre los hijos; en la compensación entre lo percibido y lo que debe recibirse de una herencia por los herederos forzosos en el sistema de las legítimas. De Buen concreta que «la colación aquí estudiada (la que llama *colación en sentido especial*) no tiene objeto, aunque otra cosa pueda deducirse del Código, al fijar la legítima ni mucho menos *servir de base a la partición general*, pues su objeto es únicamente que todos los herederos forzosos tengan una parte igual en lo que constituye en sentido propio la legítima, dentro de la cual está comprendida la parte destinada a mejora cuando no se ha dispuesto de ella».

Con esa concepción, la colación se reduciría a ser uno de los varios supuestos de imputación a la legítima, impuesta en este caso especial al concurrir a la sucesión varios herederos forzosos.

c) Falcón (1.069), Pérez Ardá (1.070), Maura (1.071), Otero

(1.063) Op. cit., vol. II, cap. X, art. 4.º, núm. 8, pág. 280 y núm. II, páginas 286 y ss.

(1.064) Cuestionario..., vol. cit., art. 1.035, págs. 457 y ss.

(1.065) Op. y vol. cit., art. 1.035, pág. 692.

(1.066) Op. cit., vol. IV, art. 1.035, 1.º § 1.º, pág. 335, y 4.º pág. 337. Este autor, no obstante, distingue según la colación se opera en la sucesión testada o en la intestada. «En una y otra clase de sucesión el hijo deberá traer a la masa hereditaria el valor de lo donado, radicando la diferencia en que en la testada se le imputará en su porción legitimaria conforme al artículo 808, y en la intestada, en la totalidad de lo adjudicable que no es ni más ni menos que la porción en que, a falta de voluntad expresa del causante, recibe por ministerio de la ley.»

(1.067) Notas y vol. cit., pág. 423 y s.

(1.068) *Ensayos sobre temas fundamentales del Derecho civil*, en «Rev. Jur. de Cataluña», XXXVII, 1931, VII, 6, pág. 151. Parece que fué esta su opinión, pues, de pasada, afirmó que el fundamento de la colación es «la voluntad presunta del causante o, mejor dicho, en la presunción legal *iuris tantum* de que las donaciones constituyen un anticipo de legítima».

(1.069) Op. cit., vol. III, pág. 239.

(1.070) Loc. cit., págs. 217 a 226.

(1.071) Op. cit., vol. y dict. cit., pág. 818, donde señala dos oficios a la colación.

Valentín (1.072), Arenas (1.073) y Felicísimo de Castro (1.074) han seguido la vieja desviación de Héctor Rodríguez, que tan ilustres seguidores tuvo en el siglo pasado. Este criterio identifica el concepto de colación con la computación, o reunión, ficticia para fijar la legítima y la parte libre, y con sus consiguientes imputaciones y reducciones. Sin perjuicio de considerar que los artículos 1.035 y siguientes contienen una aplicación concreta para la liquidación de las legítimas, e incluso, según algunos de ellos, de las de legítimas y las mejoras. El primero de los citados autores afirma que el Código ha introducido una importantísima novedad: «Hasta ahora la obligación de colacionar pesaba exclusivamente sobre los herederos legítimos. El Código hace ahora extensiva esa obligación a los extraños, mandándoles que se imputen en la parte de libre disposición las donaciones y que se reduzcan en lo que fueren inoficiosas y excedan de esa parte».

Pérez Ardá (1.075) califica la colación como una institución adjetiva dirigida a dar aplicación a lo dispuesto por el Código sobre legítimas y mejoras.

Pero este autor, en sus conclusiones, llega mucho más lejos que los demás defensores de la integración en la colación de la computación, la imputación y la reducción. A su juicio, así como los extraños colacionan en la parte libre y sufren reducción en cuanto al exceso que no les quepa en ella, los legitimarios deben imputar a su legítima o a la mejora y restituir el exceso en beneficio del heredero o legatarios extraños a los que corresponda el tercio libre (1.076).

No es posible sostener el concepto amplio de la colación frente

ción: «medio de evitar que sean traspasados los límites legales del reparto entre herederos forzosos en la porción legítima de la herencia» y «medio de preservar el límite entre esta porción y la libre».

(1.072) Op. cit., págs. 113 y ss. Distingue entre las donaciones colacionables aquellas que se traen a partición para computarlas a la legítima y aquellas que se colacionan para juzgar su oficiosidad y, en su caso, computarlas al tercio libre o el de mejora.

(1.073) Loc. cit., págs. 75 a 77.

(1.074) Op. y vol. cit., págs. 361 y s.

(1.075) Pág. 219: «No puede haber en ella—dice—nada de sustantivo y diferente de lo establecido acerca de las legítimas y mejoras, claro que se trata de una cuestión de carácter eminentemente procesal y adjetiva en cierto modo... que viene a ser un complemento formal de las disposiciones anteriores sobre materia sucesoria y muy especialmente de los artículos 819 y 825... quien dice colación dice una regla práctica para llevar a cabo la partición entre herederos forzosos cuando entre ellos hay donatarios lo mismo que en el artículo 818 hay otra regla práctica para determinar la legítima y evitar detrimentos.»

(1.076) Págs. 225 *in fine* y ss.: «Toda diferencia entre que haya inoficiosidad o exista además de aquella colación, se reduce a lo siguiente: No habiéndola, el heredero forzoso y donatario hará suyo cuanto no perjudique a la legítima de sus coherederos, adquiriendo, además de su porción legitimaria, la donación que no sea inoficiosa, y habiendo colación, el heredero forzoso y donatario tiene que contentarse con su porción legitimaria, restituyendo cuanto exceda de ella a la masa hereditaria para darle el destino correspondiente.»

determinados preceptos del Código civil. Especialmente los artículos 1.036 y 1.037 admiten que se excluyan de la colación donaciones y legados evidentemente computables para calcular la legítima e imputables en una u en otra cuota hereditaria. Por eso, algunos de los defensores de esa tesis admiten una aplicación más restringida de este concepto general de la colación, referida por unos (v. gr., Falcón) a la imputación a la legítima y a la mejora, y por otros (v. gr., Otero y Valentín) solamente a la imputación a la legítima.

d) Morell y Terry (1.077), Calderón Neira (1.078), Serrano Bernard (1.079), Clemente de Diego y Navarro de Palencia (1.080), Casso (1.081), Castán (1.082), Bonet (1.083), Fuenmayor (1.084),

(1.077) *Colación especial exigida en el artículo 1.035 del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», vol CVIII (primer semestre 1906), págs. 27 a 45 y 113 a 132.

(1.078) Loc. cit., pág. 136. Limitando la colación en el montante en que lo donado no exceda de la cuota hereditaria del donatario, opina que «la colación no es más que una imputación en que se adjudica a los coherederos legitimarios el valor de las mismas cosas donadas a título de herederos en cuanto el valor de esas cosas donadas no excede de la vocación hereditaria».

(1.079) Loc. cit., pág. 389.

(1.080) *Fuentes legales de la colación en Derecho catalán común*, en «Rev. Der. Priv.», vol I (junio 1914), pág. 289 y ss. Hablando en términos generales expone: «Salta a la vista que aquella aportación en que consiste la colación puede ser tanto para ser tomada en cuenta de la legítima que cada uno ha de recibir, descontándole lo recibido de lo que hubiese de percibir y percibiendo de hecho otro tanto menos, o para llevarlo a partición real con los herederos restantes y que ninguno sufra agravio o lesión ni en la *pars legítima* ni en la simple *spes succedendi* que todo descendiente tiene en la sucesión del ascendiente. Ahí toma su base histórica y racional la distinción entre imputación y colación propiamente tal, bien que en las antiguas y modernas legislaciones anden confundidas y comprendidas bajo el nombre genérico de colación; empero conviene tener siempre presente esta distinción por el régimen distinto a que predominantemente obedecen, ya que la imputación es de Derecho público en cuanto que responde al principio de integridad e inviolabilidad de la legítima, mientras que la colación es, en buena parte del Derecho privado, como respondiendo al principio de voluntad presunta del causante de la herencia.»

CLEMENTE DE DIEGO en sus *Instituciones* (vol. III, Lec. 97, págs. 395 y ss.) insiste en esta idea, como resulta del párrafo que transcribimos de su página 396: «No es extraña la colación a esta idea (la de evitar los perjuicios que pudieran inferirse en las legítimas de unos por donaciones o liberalidades otorgadas a los otros); en efecto, el perjuicio o lesión de los legitimarios es el límite máximo de la disponibilidad del testador, que puede mantenerse mientras subsista íntegra la legítima, empero respetada esta integridad aún tiene lugar la colación y, de otro lado, ésta no tendrá lugar aun entre herederos forzoso, cuando el donante así lo hubiese dispuesto expresamente (1.036), por donde se saca la consecuencia de que otra idea es la que mantiene en pie la estructura de la colación.»

(1.081) Op. y vol. cit., tomo I, XXVIII, págs. 628 y ss.

(1.082) Op. cit., I-II (ed. 1939), págs. 500 y 502. Define la colación, en su acepción propia, «como agregación que deben hacer a la masa hereditaria los herederos forzosos que concurren en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante por dote, donación u otro título lucrativo para computarlo a la cuenta de la partición». Su fundamento lo reduce a

Marín Monroy (1.085), Royo Martínez (1.086), Roca Sastre (1.087) y Lacruz Berdejo (1.088) independizan totalmente el concepto riguroso de la colación —referido a la cuenta de la partición por los artículos 1.035 y siguientes del Código civil— y su sentido lato, que se emplea en el artículo 818 e incluso en el 1.035, cuando habla de colación para computar lo colacionado en la regulación de las legítimas.

El concepto estricto de colación, lo fundamentan, estos autores, en la presunta voluntad del causante, referida a las relaciones de los herederos forzosos entre sí, de que lo donado por él a alguno de éstos se entienda como anticipo de su respectiva cuota hereditaria. Con ello, vienen a reconocer que el Código civil conserva el concepto de colación establecido por Justiniano en su reforma, conservado por el Derecho, común y aplicado al Derecho real por la inmensa mayoría de los clásicos españoles.

Morell y Terry ha sido el defensor más vehemente de esta interpretación, que enlaza con la concepción clásica de la colación. Sus argumentos, en síntesis, son los siguientes (1.089):

1.º El artículo 1.047 C. c. refiere a la masa hereditaria, la toma de menos de lo donado sin preocuparse de la regulación de la legítima. De ésta ya se ocupan los artículos 818 y siguientes y a este fin el 1.035 es completamente inútil.

2.º El artículo 879 del Proyecto de 1851, antecedente del artículo 1.035 C. c., hablaba con mayor precisión que éste, de «traer entre sí a colación y partición de herencia».

3.º Los antecedentes históricos de la institución: ley 14, tí-

ula presunción de que las donaciones hechas en vida a los herederos forzosos se hacen con el carácter de anticipos de su cuota hereditaria».

(1.083) Op. y vol. cit., pág. 608.

(1.084) *Estirpe única...*, loc. cit., pág. 14, LX.

(1.085) Op. y loc. cit., págs. 187 y ss. Si bien este autor acentúa extraordinariamente el fin de igualar y deja en segundo plano, con carácter de excepción, la voluntad del causante de desigualar por legados, mejoras y dispensas expresas sin aludir a la institución de heredero en cuotas desiguales.

(1.086) Op. cit., págs. 355 y ss.

(1.087) Notas a KIPP, vol. cit., § 88, I y VII, págs. 57 y ss.

(1.088) Notas a BINDER, § 29, III, pág. 258: «El C. c. define la colación en el art. 1.035, acaso equivoco. La agregación a la masa hereditaria de que habla este precepto es propiamente colación cuando tiene por objeto el cómputo de los bienes en la cuenta de partición (pero no en la regulación de las legítimas) entre los coherederos legitimarios. Tiene entonces como fundamento la presunción *iuris tantum* (arg., art. 1.036 C. c.) de que el causante, al efectuar en vida donaciones a los herederos forzosos, ha querido que sean consideradas como anticipo de su cuota hereditaria. Pero el C. c. confunde frecuentemente esta colación de valores, basada en la presumible voluntad del causante de igualar o desigualar a los legitimarios, con la formación ficticia de una masa a efectos del cómputo de las legítimas y para comprobar si las liberalidades son inoficiosas (véase S. 16 junio 1902). De ahí el uso promiscuo del término colación para designar ambos conceptos (cfr. arts. 816 y ss., 1.035 y ss., 1.419, etc.) y el erróneo emplazamiento de algún artículo (por ejemplo el 1.044) entre los de la colación propiamente dicha.»

(1.089) Loc. últ. cit., págs. 42 a 45.

tulo 6, libro 3, del Fuero Real; ley 14, título 15, partida 6.^a y ley de 9 de Toro, que habla de «traer a partición», «e partirlas», de que «se deve contar en la parte», «traer a collación e partición», «no se refieren a la porción forzosa, cuestión independiente de su objeto, sino a la herencia toda».

4.º «En que, desde luego, se trata de establecer algo nuevo y especial con relación solamente a los coherederos forzosos y nada nuevo ni especial se establecería aplicando simplemente los artículos 818 y 819 sólo respecto a los legitimarios, o sea de un modo anormal e incompleto».

5.º Por que «palpita en el artículo 1.035 una idea que hay que buscarla de escalón o de un concepto a otro distinto para relacionarlo con él. Las donaciones se agregan a la masa hereditaria, luego forman con éstas un solo cuerpo; se computan o tiene en cuenta para las legítimas y para la partición, luego no deben aprovechar exclusivamente a los donatarios, luego ha de fingirse que en la realidad no salieron del caudal, sino que siguen en él, y siguiendo en él, que mezcladas las donaciones y la masa y entrando en partición todo, ni aquéllas ni éstas son parte legítima ni parte libre, sino fondo común partible entre todos los hijos (o todos los herederos forzosos), con igualdad o en la proporcionalidad marcada por el testador»... «Hecha la agregación, los herederos forzosos han de percibir siempre íntegra su legítima; pero además ha de repartirse con igualdad, o en su caso proporcionalmente el importe de las donaciones, aunque la parte correspondiente a cada uno sea superior a su cuota forzosa»... «así se explica que el artículo 1.035 no hable de las donaciones hechas a personas que no sean herederos forzosos. Esas donaciones, como los legados, quedan fuera del fondo partible...» «La ley quiere, que toda la herencia, formada por la masa de bienes colacionables, con arreglo al artículo 1.035, se lleve a la partición o se reparta entre los herederos forzosos, con absoluta igualdad en la sucesión intestada o cuando el testador instituya herederos por igual, y en la proporción que el causante establezca en otro caso. Así ha de entenderse la frase <computar las donaciones en la cuenta de la partición>».

Como ha observado Royo Martínez (1.090), hay que reconocer que el Código civil no separa ni distingue con la nitidez y precisión que fuera de desear la colación en sentido estricto y la computación de las donaciones, «precisa, según el artículo 818, para fijar las legítimas y la cuota de libre disposición y para reducir los legados y tras ellos, las donaciones inoficiosas». «En la colación a que se refiere la sección 1.^a, capítulo VI, título III, libro III del Código (arts. 1.035-1.050) no late la idea, ni aun la sospecha, de inoficiosidad o extralimitación del *de cuius* en sus facultades dispositivas a título lucrativo, sino un criterio interpretativo de la voluntad del causante, cuando ayuda u obsequia con donaciones

(1.090) Loc. y pag. cit. citis

en vida a uno de sus herederos forzosos, no se propone hacerle de mejor condición que a los restantes, de una manera definitiva, sino anticiparle algo de lo que un día le ha de corresponder, y por ello, salvo que el causante destruya o excluya tal presunción a través de una manifestación expresa, la ley ordena la nivelación al tiempo de partir».

Nosotros hemos defendido reiteradamente (1.091) esta misma tesis, tratando de explicar la razón de las confusiones observadas por comentaristas muy prestigiosos de nuestro Código civil.

El concepto jurídico de colación en sentido estricto, tal como lo dejó configurado Justiniano, después de una laboriosa gestación en el Derecho romano, llegó a través del Derecho común a la doctrina y a las leyes de Castilla. Se trata de una figura jurídica perfectamente cristalizada siglos antes de la promulgación del Código civil, que sus redactores debieron recoger, desarrollando —según palabras de la Base 18— «con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas, por la jurisprudencia».

Cierto que abundaron las confusiones en la doctrina del siglo pasado, por imprecisiones terminológicas y por coincidencias prácticas, en la generalidad de los casos, e incluso, tal vez, por la permanencia en las costumbres de la concepción germánica de la colación. Todo ello a pesar de la claridad de los clásicos castellanos. Pero la ineludible alternativa entre «traer a colación e partición» o bien imputar a legítima, quinto y tercio y devolver el exceso, que la ley 29 de Toro planteaba al donatario, según aceptara o se apartara de la herencia, seguía evidentemente en pie como Derecho vigente que los redactores del Código debían recoger.

Aquellas confusiones, así como las que ofrecen los Códigos francés e italiano, sólo pueden servir como excusa, en cierto modo, a la poca precisión del Código civil, en alguno de sus preceptos, como el 1.035, pero nunca se podrán utilizar como demostración de una reforma que no debió hacerse ni tampoco se patentiza el articulado del Código. Del mismo modo que la doctrina francesa, italiana y portuguesa ha superado las confusiones terminológicas y sistemáticas de sus respectivos códigos, según hemos visto, debe la doctrina española superar las que existen en el Código civil y precisar el exacto concepto de la colación, propiamente dicha, recibida de Justiniano por todos los ordenamientos de raíz romanista.

Como resumimos hace unos años (1.092): computación, imputación y reducción, de una parte, y la colación, de otra, son operaciones independientes y sucesivas, aunque la última si su resultado acusara inoficiosidad, compulsado con los módulos señalados por la primera, puede y debe sufrir la correspondiente corrección.

(1.091) *Imputación de legados...*, en «Rev. Der. Priv.», vol. cit., pág. 333, y *La mejora tácita...*, VIII, 5, en «Anales de A. M. N.», vol. cit., págs. 101 y ss.

(1.092) *La mejora tácita...*, págs. 111 a 113.

La computación y la imputación tiene por fin ir encasillando donaciones y legados en su correspondiente cuota ideal del haber, para velar para que no exista inoficiosidad. La colación, en cambio, se dirige a formar otra masa diferente que constituirá el caudal partible. Al efecto, del caudal relicto líquido se restan las mejoras y los legados no colacionables, así como las cuotas hereditarias de los herederos que no sean forzosos, en cuanto tales disposiciones no sean inoficiosas, y se suman las donaciones colacionables y el exceso inoficioso de las demás. Esta masa, contabilizada de ese modo, debe ser distribuida entre los herederos forzosos en proporción a sus cuotas hereditarias.

De lo dicho se infiere cuál es la finalidad y el fundamento de la colación.

Evidentemente no lo constituye la defensa de las legítimas. Por haberlo entendido erróneamente de ese modo, algún autor —como Jacobo Gil (1.093)— había asegurado «que la colación es inútil, que basta con la inoficiosidad y los artículos referentes a donaciones, legítimas y mejoras».

Tampoco su fin es la consecución de la igualdad entre los herederos forzosos, ni siquiera en cuanto el causante no les hubiera desigualado expresamente con legados, mejoras o dispensas, como han sostenido varios autores, por ejemplo, Burón (1.094), Las Casas (1.095), Bonel (1.096), Oyuelos (1.097), Valverde (1.098), De Buen (1.099), y especialmente Marin Manroy (1.100). Como ha dicho Pérez Ardá (1.101), «la palabra igualados empleada dos veces en el artículo 1.048 no significa igualdad absoluta y cuantitativa o aritmética, sino igualdad relativa, proporcional, cualitativa; se usa la frase en la misma acepción, que se usara antes en el artículo 832, al decir <para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes>, y que después se volvió a usar en el 1.061, al exponer que <en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad>».

La finalidad y el fundamento de la colación se hallan en la presunta voluntad del causante. Es una presunción legal *iuris tantum* respecto de la misma. Según Alguer (1.102) esa presunción se refiere a la intención de que lo donado se impute a la legítima del donatario, salvo declaración en contrario del donante. En cambio, la mayor parte de la doctrina, como Morell (1.103), De Diego

(1.093) Citado por PÉREZ ARDÁ en «R. G. L. y J.» CIN, pág. 225.

(1.094) Op. y vol. últ. cits., núm. 1.122, pág. 98.

(1.095) Op. últ. cit., pág. 452.

(1.096) Op. y vol. cits., pág. 692.

(1.097) Op. y vol. cits., art. 1.035, núm. 4, pág. 337.

(1.098) Op. y vol. cits., cap. XXIV, pág. 543.

(1.099) Notas y vol. cits., págs. 423 y ss.

(1.100) Op. cit., pág. 188.

(1.101) *El problema de la colación*, loc. cit., pág. 224.

(1.102) Loc. últ. cit.

(1.103) *Colación especial...*, loc. cit., pág. 118.

(1.104), Casso (1.105), Castán (1.106), Royo Martínez (1.107) y Lacruz Berdejo (1.108), estiman referida esa presunción a que es la voluntad del causante que lo donado se entienda dado a cuenta de la cuota hereditaria del donatario. El artículo 1.036 demuestra que ciertamente el Código civil ha conservado ese fundamento y esa finalidad subjetiva, presuntiva, que tiene la colación desde la reforma justinianea y que recogieron Las Partidas y las leyes de Toro en Castilla.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 16 de junio de 1902, a pesar de haber establecido la correcta distinción de la colación *lato sensu*, de que habla el artículo 818, y la colación *estricto sensu*, a la que se refiere especialmente el artículo 1.035, resulta, por el contrario, impreciso e inexacto al decir que ésta tiene por objeto traer a partición las donaciones colacionables para computarlas a la legítima, y que el fundamento filosófico de la institución «consiste en mantener la igualdad entre los hijos en la sucesión de sus padres y abuelos». En cambio, la Memoria anual del propio Tribunal Supremo del mismo año 1902 señala a la palabra colación el significado «de aportación a la masa hereditaria de lo que el heredero haya recibido en vida del testador o tenga que recibir por testamento».

En el tercer motivo del recurso que dió lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1949, se señaló infringido el artículo 1.035 C. c. por la Sala de la Audiencia al negar el segundo que los fines asignados por aquel precepto a la colación, es decir, el traer a la masa el valor de los bienes donados para su cómputo en la cuenta de la partición.

Pero el Tribunal Supremo no entró en esta cuestión, por apreciar defectos en el cuaderno particional, señalados en el fallo recurrido, cuya apreciación no fué impugnada en el recurso, y que según el Tribunal Supremo, «condujeron a la Sala, entre otros fundamentos, a las declaraciones contenidas en su fallo, el cual no quedaría desprovisto de base aunque se entendiera que adolecía de error la interpretación del artículo sustantivo citado».

(1.104) *Instituciones...*, vol. III, pag. 397: «Como los partidarios del fundamento legal, familiar, de la colación, reconocen que la colación no es institución de orden público y por eso puede dispensar de ella el testador, en esto vienen a punto de coincidencia con estos últimos los partidarios del fundamento subjetivo de la voluntad del causante, y es que ambas ideas flotan por la reglamentación de esta materia. Bien claro lo muestran, por ejemplo, el artículo 1.036, el 1.037... al respetar la voluntad del causante o del heredero (cuando renuncia la herencia) mientras no haya lesión de legítima.»

(1.105) Op. y vol. cit., tema LXXVIII, pág. 629.

(1.106) Op. y vol. últ. cit., pág. 608.

(1.107) Op. cit., pág. 355.

(1.108) Notas cit., § 29, III, pág. 258.

b) *Sujetos de la colación.*

El Código civil introdujo en esta materia una notable ampliación del ámbito personal de la colación. Como dice Morell (1.109), tal reforma no se hallaba autorizada por la Base 18, «y puede considerarse como una extralimitación cometida por los redactores del Código, pero no es menos cierto que la ley no son las bases, sino el articulado y que hay que respetar el precepto, proceda o no de una extralimitación».

Veamos, por tanto, cuales son los requisitos personales exigidos a los sujetos de la colación en el Derecho vigente:

1.º *Estar comprendido entre las personas que el Código civil denomina herederos forzosos.*—El artículo 1.035 sigue en este punto la pauta del artículo 879 del Proyecto de 1851 (1.110). Pero es de notar que el artículo 807 tiene un criterio más amplio en la determinación de quienes son herederos forzosos que el 641 del Proyecto de 1851. Para el 641 del Proyecto sólo eran herederos forzosos los hijos y descendientes legítimos y faltando éstos, los padres y ascendientes legítimos. En cambio, el artículo 807 C. c. denomina herederos forzosos también al viudo o viuda, a los hijos naturales legalmente reconocidos y al padre o madre de éstos, en cierta forma y medida.

a) No obstante, respecto al cónyuge viudo la doctrina ha rechazado la posibilidad de que sea sujeto activo y pasivo de la colación. Por entender que no son posibles las donaciones entre cónyuges, en virtud de la norma del artículo 1.334 (1.111); por que los regalos usuales están excusados de colación por el artículo 1.042 C. c., y por que las donaciones anteriores al matrimonio son recibidas en un tiempo en que el donatario no es aún heredero forzoso del donante (1.112). Como quiera que hemos defendido reiteradamente (1.113) que las donaciones entre cónyuges sólo son ineficaces durante el matrimonio y se convalidan *mortis causa*, si el donante fallece sin haberlas revocado, no nos sirve a nosotros este argumento. En cambio, recogemos y hacemos decididamente

(1.109) *Colación especial...*, loc. cit., pág. 36.

(1.110) GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. II, pág. 250) explicó que la comisión redactora adoptó una posición intermedia entre la posición del Derecho romano y patrio y la del Código de Napoleón que en su art. 843 impuso la colación a todos los coherederos. Pero GARCÍA GOYENA, al hacer este comentario, no precisa que en Francia no hay más herederos que los designados por la ley. No caben herederos voluntarios en el régimen francés.

(1.111) Ver MANRESA (op. cit., vol. VII, art. 1.035, págs. 554 y ss.), BURÓN (op. vol. cit., núm. 1.123, pág. 201), SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., VI-III, págs. 2.028 y ss.), SCAEVOLA (op. cit., vol. XVIII, art. 1.036, págs. 123 y ss.) DE DIEGO (op. y vol. últ. cit., pág. 398), VALVERDE (op. y vol. últ. cit., pág. 545), CASTÁN (op. y vol. últ. cit., pág. 503), BONET RAMÓN (op. y vol. cit., págs. 610 y ss.), LACRUZ BERDEJO (notas cit., § 29, III, pág. 259).

(1.112) CALDERÓN NEIRA (op. cit., pág. 125), en cambio, da por supuesto que el viudo ha de colacionar lo que se le dona por contrato de matrimonio.

(1.113) Ver locs. cit. en la nota 850.

nuestra otra razón insinuada tímidamente por Fuenmayor (1.114): el cónyuge como legitimario no es heredero sino legatario, como comprobamos en la primera parte de este trabajo (1.115).

b) Por esta misma razón, apoyados en el § 2.º del artículo 840, creemos que los hijos naturales cuando concurren con hijos legítimos del causante no son herederos forzosos, sino únicamente legitimarios legatarios de *pars valoris*, por lo menos atendiendo a sus relaciones con aquellos (1.116).

c) Los hijos adoptivos no pueden considerarse como herederos forzosos. No sólo por no estar incluidos en el artículo 807, sino además por lo expresado en el artículo 177. En este precepto no se concede derecho hereditario legal al hijo adoptivo y únicamente se otorga fuerza vinculante, como disposición sucesoria contractual, a la obligación de instituir al adoptado contraída por el adoptante en la escritura de adopción (1.117).

d) Los problemas más interesantes suscitados en torno a la determinación de quienes son sujetos de la colación se refiere a los descendientes de ulterior grado del causante de la herencia.

z) Conforme el artículo 1.039: «Los padres no estarán obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos a sus hijos» (1.118). Es decir, el padre en la herencia del abuelo no es sujeto pasivo con respecto a la colación de lo que éste hubiera donado al nieto, hijo suyo. El artículo 1.039 no señala salvedad alguna a esta regla. No obstante, creemos que deben mantenerse las indicadas por la doctrina anterior, en el supuesto de haber hecho el abuelo la donación al nieto en consideración al hijo y con el consentimiento de éste. Verbigracia, supongamos que con aquiescencia del hijo, el abuelo constituya a favor de la nieta la dote obligatoria debida por aquél. En estos supuestos, hace la donación el padre por cuenta del hijo, aunque la reciba directamente el nieto. Puede decirse, por tanto, que hay una doble liberalidad del abuelo al padre y de éste al nieto, respectiva-

(1.114) *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado de su cuota legitimaria*, en «R. G. L. J.», CLXXIX (primer semestre 1946), pág. 76, nota 1

(1.115) ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-I, págs. 442 y ss.

(1.116) Así lo expusimos en estos apuntes I, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-I, págs. 448 a 450.

(1.117) Respecto de la interpretación del artículo 177 del C. c. ver las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 abril 1915 y 30 mayo 1931. En la doctrina, por orden cronológico: CASTÁN, *La sucesión ab intestato del hijo adoptivo*, en «R. G. L. J.», vol. CXXVIII, págs. 30 y ss.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho civil*, vol. II (Madrid, 1948), pág. 353; nuestro trabajo *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, XII, 1, en «Anales de la Ac. Matr. del Notariado», vol. V, págs. 761 y ss.; MANUEL DE LA CÁMARA, *Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*, en «Rev. Der. Priv.», XXXV, págs. 1045 y ss.; BLAS PIÑAR, *La adopción y sus problemas jurídicos*, en «Anales de la Acad. Matr. del Not.», vol. VIII, págs. 180 y ss.

(1.118) Del mismo modo que el hijo no debe colacionar lo donado a su cónyuge conforme el artículo 1.040 del C. c.

mente colacionables: por el padre en la herencia del abuelo y por el nieto en la del padre.

β) Los nietos no son sujetos, activo ni pasivo, de la colación cuando su padre o madre sobrevivan al abuelo o ulterior ascendiente causante de la sucesión y no hayan sido desheredados, ni sean incapaces o indignos. En este caso los nietos no son herederos forzosos y no están comprendidos en el artículo 1.035, por no estarlo en el 807 C. c.

γ) Los nietos no deben colacionar a la herencia del abuelo lo que el padre les hubiera donado. Ni el artículo 1.035 se lo ordena ni otro alguno les impone dicha carga. Esta doctrina, además, coincide con la común opinión anterior al Código civil.

δ) Los nietos son sujetos activos de la colación cuando sucedan al abuelo después de haber muerto el padre, o de que éste haya sido desheredado, incurrido en incapacidad o indignidad. En estos casos, son también sujetos pasivos de la colación en los siguientes términos:

1) Concurriendo a la sucesión con tíos y primos, «colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado». El artículo 1.038, § 1.º C. c. así lo dispone para cuando los nietos sucedan al abuelo *en representación del padre*. Estas palabras, que hemos subrayado, no pueden entenderse limitadas a su sentido técnico jurídico. A pesar de que Manresa (1.119), Sánchez Román (1.120), Oyuelos (1.121) y De Diego (1.122) apliquen técnicamente el concepto de representación y consideren que la doctrina del artículo 1.038, § 1.º no es más que un corolario dogmático de lo dispuesto en los artículos 721, 924, 926 y 928. Estos autores entienden igualmente comprendidos en el § 1.º del artículo 1.038 los supuestos de representación previstos en los artículos 857 y 761 para las hipótesis de desheredación e incapacidad del padre. Scaevola (1.123) la amplía a los casos de

(1.119) Op. cit., VII, art. 1.038, pág. 360 y s. Incluso llega a formular (pág. 570) la siguiente antítesis, incompleta e inexacta: «Cuando los nietos sucedan al abuelo representando a su padre o madre, puestos en el lugar de éstos, colacionan lo que sus padres hubieran colacionado si hubieran llegado a heredar; en cambio, cuando los nietos sucedan por derecho propio al abuelo deben colacionar lo que ellos mismos hubiesen recibido del abuelo en vida éstos y no las donaciones hechas a sus padres.»

(1.120) Op. cit., VI-III, pág. 2035.

(1.121) Op. y vol. cit., art. 1.038, núm. 8, pág. 344.

(1.122) *Instituciones...*, III, pág. 401.

(1.123) Op. cit., XVIII, art. 1.038, págs. 157 y ss. He ahí el planteamiento que ofrece este autor: «El término *representación*... está definido por la autoridad de ese mismo legislador en el tratado de los *abintestatos del Código*... «Mas ¿ese juicio obsta a que reconozcamos que en la realidad práctica y aun legal puede darse en la sucesión testada el mismo caso previsto en el artículo 1.038? Es cosa que nos parece indudable.» Por eso resuelve: «Que si el difunto ha sustituido un heredero para el caso en que un descendiente faltase, en caso de duda, ese heredero no debe recoger de la herencia más de lo que el descendiente recogería teniendo en cuenta el deber de la colación. El caso de

sustitución. Nosotros llegamos más lejos, pues creemos que debe extenderse a los casos en que el abuelo haya instituído a los nietos después de fallecido el padre o madre de éstos, o de haberlos desheredado. La *ratio* teleológica es idéntica en estos y en aquellos casos, aunque dogmáticamente no coincidan sus supuestos. Por ello, creemos que las palabras «*en representación del padre*», del artículo 1.038 C. c. no deben entenderse con rigor técnico sino latamente, conforme avalan los antecedentes históricos. Hay que comprender en ella todos los casos en que el nieto sea heredero forzoso del abuelo, por haber premuerto, sido desheredado o incurrido en incapacidad el ascendiente intermedio.

Consecuentemente, en caso de que los nietos hayan sido instituídos herederos por su abuelo viviendo su padre, al premorir éste y heredar a aquéllos juntamente con sus tíos o primos, deberán colacionar o no lo donado al padre según éste hubiera sido instituído en otra cuota que en su defecto pasa al nieto, o bien sólo se le hubiese asignado su legítima a título singular. En el primer caso, aquellos deberán colacionar lo que el padre de haber heredado debería haber colacionado. En el segundo, los nietos no deben colacionar lo donado al padre, puesto que éste aún sobreviviendo tampoco hubiera debido colacionarlo, pero deberán imputarlo a la legítima si éste hubiera tenido que imputarlo a ella. En caso de repudiación del hijo, no debe el nieto colacionar lo que el abuelo donó al hijo, porque éste no debe colacionarlo, pero se imputa a la legítima restándose de la del nieto (1.124).

El artículo 1.038, § 2.º, es más riguroso que la doctrina anterior al Código, que exceptuaba la colación por los nietos a la herencia del abuelo de lo donado por éste al padre o madre, si estos lo hubiesen consumido o cuando los nietos repudiasen su herencia aunque aceptaran la del abuelo (1.125).

2) También colacionarán lo que el abuelo o ascendiente causante les hubiese donado después de fallecido el padre o madre intermedios o de haber sido estos desheredados formalmente. En cambio, a juicio nuestro y de acuerdo con la doctrina anterior al Código, no deben colacionar lo que el abuelo les hubiera donado antes del fallecimiento o de la formal desheredación del padre.

Cierto que el § 2.º del artículo 1.038 dice sin distingos que: «También colacionarán (*los nietos*) lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos».

duda puede estar significado por el silencio del testador sobre el citado particular.»

(1.124) Ver lo que hemos dicho anteriormente al tratar de la imputación de lo donado al desheredado. Ap. III, § 12, E, b).

(1.125) Ver la nota 535 de estos Apuntes. III, § 9 a), en A. D. C., VII, 4.º, págs. 1106 y ss.

Burón (1.126) entendió que este precepto ordena a los nietos que colacionen «lo recibido en vida del padre si el causante no dispuso otra cosa». Creemos que Burón interpretó con error gramatical la determinación de tiempo que hace el párrafo comentado, cuando dice «*durante la vida de éste*». El pronombre *éste* no se refiere al padre, al que no nombra ese párrafo, sino al *causante de la herencia*, al que menciona en las palabras inmediatamente anteriores a las transcritas.

Manresa (1.127) y Mucius Scaevola (1.128) creen que en el precepto del 1.038, § 2.º, se comprende todo lo que sin expresa dispensa de colación hubiera donado el abuelo al nieto, antes o después de fallecer el padre o madre intermedios.

Sánchez Román (1.129) y Clemente de Diego (1.130) no hacen distingo alguno en este punto, pero, en cambio, estiman que el § 2.º, del artículo 1.038 está redactado en función del § 1.º. Es decir, referido al mismo supuesto que aquél, de que el nieto suceda *en representación de su padre*. Evidentemente, en pura lógica gramatical tienen razón estos autores, pero como quiera que hemos visto el sentido lato con que debe entenderse la palabra *representación*, expresada en el artículo 1.038, desaparece la limitación que, en otro caso, supondría condicionar la oración del § 2.º al supuesto del § 1.º. Sin él siempre que el nieto sea heredero del abuelo porque su padre o madre hubieran premuerto, sido desheredados o incapaces, debe entrar en juego el supuesto del 1.038, § 2.º

La cuestión a distinguir no es ésta. Según Lacruz Berdejo (1.131): «Parece poco lógico que la condición de colacionables de las donaciones a los nietos, dependa de la circunstancia de vivir o no el padre al abrirse la sucesión del donante». En efecto, cree-

(1.126) Op. y vol. cit., núm. 1.123, pág. 202.

(1.127) Op. y vol. ult. cit., págs. 570 y ss. Dice así: «El Código... observando que se colacionan las donaciones hechas a las personas que llegan a ser herederos forzosos, aunque no les corresponda este derecho en la época de la donación, y, en cambio, no se colacionan aquellas que se hacen a presuntos herederos forzosos si después no llegan a serlo por muerte, incapacidad o renuncia, salvo el derecho de representación, y atendiendo a que, en realidad, aunque sea fundándose en una ficción, los nietos resultan de hecho herederos forzosos, y se aprovechan de las donaciones colacionables hechas a los hijos coherederos suyos, ha creído más justo que lleven también a colación las donaciones que le fueron hechas por el causante durante su vida, a menos que el testador hubiese dispuesto expresamente lo contrario.»

(1.128) Op. y vol. ult. cit., págs. 159 y ss. A su juicio, «aun no existiendo esa segunda parte del artículo 1.038, la duda que en consecuencia se formulara habría forzosamente de resolverse por el tenor del citado artículo 1.035». (Estamos de acuerdo con esta última afirmación, pero creemos, como exponemos en el texto, que la cualidad de heredero forzoso que requiere el artículo 1.035 para ser objeto de colación debe reunirse presuntivamente en el momento de la donación y efectivamente en el del fallecimiento del causante, sin otra salvedad que la resultante del § 1.º del artículo 1.038 justificada por razones teleológicas.)

(1.129) Op. y vol. ult. cit., pág. 2030.

(1.130) Op. y vol. cit., pág. 403.

(1.131) Loc. y § ult. cit., pág. 259.

mos que la circunstancia decisiva, cuando el nieto sea heredero forzoso, debe ser el haberse hecho la donación antes y después de fallecer o ser desheredado el padre. Si el abuelo donó a los nietos cuando aún no eran presuntos herederos forzosos, es lógico entender que no quiso la colación de lo donado, si no la ordenó, y menos aún cabe presumir que la condicionó precisamente a una pérdida familiar del donatario (1.132). Recordemos que el mismo Scaevola (1.133) reconocía que el viudo no debe colacionar en la herencia de su cónyuge premuerto lo que éste le hubiese donado antes del matrimonio, precisamente porque entonces aún no era heredero forzoso suyo. La razón es la misma en uno y otro caso.

Además, si se estimase dudosa, esta cuestión debería resolverse, por las razones reiteradamente apuntadas, de conformidad con el Derecho castellano vigente anterior al Código. Como hemos visto, la doctrina castellana estimó unánimemente, de conformidad con el Derecho romano, que los nietos aunque fueran herederos forzosos del abuelo no debían colacionar lo que el abuelo les hubiera donado viviendo el padre o madre intermedios. Esta es la solución que en definitiva corresponde, atendiendo a que la colación se funda en la presunta voluntad del causante. Presunción que no cabe entender a lo donado a un nieto cuando éste no hubiera sido en aquel momento heredero forzoso del abuelo. Evidentemente no puede pretenderse que entonces quisiera su colación si no la ordenó expresamente.

2.º *Suceder a título de heredero, testamentario a «ab intestato»*.—Es otro requisito clásico, exigido por el Derecho romano justinianeo y común y por la doctrina española desde los comentaristas de las Partidas y de las leyes de Toro a los autores de la época en que se elaboró el Código civil.

Si, por otra parte, hemos aceptado que el fundamentó de la colación se halla en la voluntad presunta del causante de que lo donado se considere como un anticipo de la cuota hereditaria del donatario, es evidente que para que la colación sea efectiva debe corresponder a éste una cuota hereditaria, es decir, a título de heredero. No basta ser denominado heredero forzoso conforme al Código civil, hace, además, falta serlo efectivamente. Este supuesto sólo fallaba antes del Código civil, en el caso de que el presunto heredero forzoso a quien el causante no hubiera instituido heredero, pero le hubiese otorgado un legado, prefiriera aceptar éste y no ejercitar la querrela (1.134). Hoy cabe dejar la legítima por cualquier título, sin posibilidad de optar por la querrela (1.135).

(1.132) La dispensa expresa que exige el § 2.º del artículo 1.038 sólo puede referirse, por lo tanto, al supuesto de que la donación sea posterior al fallecimiento o desheredación del hijo, es decir, verificada en un instante en que el nieto era ya presunto heredero forzoso del abuelo donante.

(1.133) Op. y vol. últ. cits., pág. 123 y s.

(1.134) Ley V. Tit. VII. Partida 6.ª

(1.135) Art. 815 C. c. Ver la parte I, § 2.º de estos mismos Apuntes (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-II, págs. 438 a 441).

El legitimario legatario no será, por tanto, sujeto activo ni pasivo de la colación, como tampoco lo es el heredero forzoso, que repudie la herencia.

Señalan Sánchez Román (1.136), Clemente de Diego (1.137) y Valverde (1.138), que no deben ni son acreedores a la colación los meros sucesores a título singular, legatarios, fideicomisarios o donatarios no instituídos. Más explícitamente Roca Sastre (1.139) precisa que «ha de estimarse esencial para la colación que el legitimario concorra en la partición hereditaria con el carácter de heredero testamentario o intestado, de manera que la colación no entra en juego respecto del legitimario que concorra como simple legatario legitimario». Y según Lacruz Berdejo (1.140), ni siquiera pueden pedirla, en ningún caso, los que hayan de recibir tan sólo su cuota legitimaria, «puesto que ningún interés tienen en ello», independientemente de que «puedan pedir la reunión ficticia a efectos del cómputo de la legítima y eventual reducción de donaciones, incluso de las hechas a los otros herederos forzosos».

Los instituídos en cosa cierta tampoco deben colacionar ni beneficiarse con la colación de los demás herederos forzosos. No sólo por lo dispuesto en el art. 768 C. c., que los considera como legatarios, sino incluso en los supuestos en que pueda considerárseles como verdaderos herederos, reducido ese precepto al ámbito interpretativo (1.141), por que resulta evidente la determinación expresa del causante de los bienes que concretamente debe recibir el instituído, sin que, por tanto, quepa restarle nada por toma de menos, ni estimarse que lo donado fué anticipo de una cuota que tiene su contenido concretado previamente por el causante. Por tanto, si no puede exigírseles la colación al instituído en cosa cierta, recíprocamente tampoco podrá admitirse que pueda reclamarla de los demás herederos forzosos.

Entre algunos autores, que han confundido la colación con la computación para cálculo y protección de las legítimas o con la imputación a éstas, se ha preguntado si la colación debe tener lugar en la sucesión intestada. A ello ha respondido Oyuelos (1.142), que tanto en una y otra clase de sucesión el hijo deberá traer a la masa de la herencia el valor de lo donado, radicando la diferencia en que en la testada se le imputará en su porción legitimaria, conforme al art. 808, y en la intestada, en la totalidad de lo adjudicable.

Pero lo cierto es que la colación, aparte de que debe tener lugar igualmente en la sucesión testada como en la intestada,

(1.136) Op. y vol. últ. cits., pág. 2039.

(1.137) Op. y vol. últ. cits., pág. 399.

(1.138) Op. y vol. últ. cits., pág. 546.

(1.139) Notas a KIPP, vol. cit., § 88, II, pág. 57.

(1.140) Notas a BINDER, § últ. cit., pág. 260.

(1.141) Ver estos apuntes, Parte II, § 2. D, d), en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-IV, págs. 1401 y ss.

(1.142) Op. y vol. cits., art. 1.034. num. 4. pág. 337.

siempre ha de hacerse con referencia a la totalidad de la cuota hereditaria respectiva. Así han opinado cuantos autores han entendido ortodoxamente la colación, como, v. gr., Morell (1.143), Castán (1.144) y Roca Sastre (1.145).

3.º *Llegar a adquirir la herencia efectivamente.*—Por no cumplir este requisito no llega a ser sujeto activo ni pasivo de la colación el heredero forzoso que repudia la herencia. Así lo determina el art. 1.036 C. c. que sigue la tradición no interrumpida desde los más remotos orígenes de la colación. «La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si... o si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa.» (Claro que esta última excepción no tiene nada que ver con la colación en sentido técnico. La reducción operará en virtud de las disposiciones protectoras de la integridad de la legítima, no por la colación. Es decir, con las palabras anteriormente citadas de Retes, «*ex inoficiositate non ex iure collationis*».)

En su lugar oportuno hemos estudiado la imputación de lo donado al heredero forzoso repudiante. Problema distinto de la colación.

4.º *Que el causante no haya dispensado la colación.*—El mismo art. 1.036—demostrando que la colación propiamente dicha se funda en una presunción legal *iuris tantum* de la voluntad del causante—dispone que: «La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente..., salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa». Ya hemos dicho que esta última salvedad no tiene que ver con la colación sino con la reducción por inoficiosa. Ahora, lo que nos interesa examinar son los problemas que plantea la dispensa de colación.

Respecto su expresión, ya hemos dicho cuál es el exacto sentido del adverbio *expresamente*. En latín la palabra <*expressim*>—utilizada por Justiniano en la Novela XVIII, cap. VI, refiriéndola a la dispensa de colación—supone una voluntad clara y cierta, pero sin requerir que sea formalmente expresada (1.146). En castellano declarar *expresamente* requiere palabras o expresiones claras, pero no términos ni frases sacramentales; exige claridad y certeza, mas no formalismo.

Los comentaristas del Código civil también lo han entendido

(1.143) *Colación especial*..., loc. cit., pág. 45.

(1.144) Op. y vol. cit., pág. 503.

(1.145) Notas a KIPP, vol., § y pág. ult. cit.

(1.146) Como han expuesto CLEMENTE DE DIEGO y NAVARRO DE PALENCIA (*Fuentes legales de la colación*..., la cit. pág. 297): «El *expressim* no se contraponen a *non expressim* o a *directa literaliter*. etc., en este caso, sino a *incertum* y, por tanto, toda su significación no consiste en requerir una manifestación verbal, directa, explícita de dispensa de colación, sino que debe quedar reducida a exigir una manifestación de voluntad positiva realmente expresada tanto por palabras cuanto por acciones concluyentes e inequívocas.»

así, v. gr., Manresa (1.147), Scaevola (1.148) y De Diego (1.149.)

Lacruz Berdejo (1.150) deduce del art. 1.036 que deben colacionarse las donaciones disimuladas y las por persona interpuesta, si la interposición es ficticia. Pero sobre esta cuestión nos ocuparemos más adelante (1.151).

Los autores citados, y otros, como Roca Sastre (1.152), admiten que la dispensa de colación puede contenerse en la misma donación (o en otro acto *inter vivos* que reúna los requisitos formales de la donación, según añade Lacruz) o en testamento.

Manresa (1.153) precisa la eficacia de la dispensa en uno y otro supuesto: «La dispensa de colación puede hacerse en el mismo acto de la donación o en el testamento. En ambos casos, es opinión de los autores que el causante puede cambiar su voluntad hasta su muerte, exigiendo después la colación de que dispensó. Más este cambio de voluntad ¿debe constar expresamente? Si la dispensa se hizo en testamento, y el testador lo anula por otro posterior, como el anterior ya no rige, es claro que la dispensa quedó sin efecto. Si la dispensa expresa se hizo constar en la donación, y un testamento posterior contiene institución de herederos por iguales partes, ¿se entenderá aquella dispensa revocada, y podrá, por tanto, exigirse la colación? Losana entiende que sí: la institución por igual envuelve cambio de voluntad. Opinamos en contra: ¿por qué no ha de referirse el testador a los bienes de su herencia, excluyendo los anteriormente donados con expresa dispensa? Pase que pueda revocarse esta dispensa; pero al menos preciso es que conste con toda claridad que tal fué la intención del testador.»

(1.147) Op. y vol. cit., art. 1.036, pág. 561, dice: «No es, sin embargo, preciso el empleo de palabras sacramentales. El que al hacer una donación de clara que entrega los bienes a título de mejora, o dice que se tengan en cuenta al verificarse la partición o que se apliquen a la parte libre expresamente dispensa la colación. El testador que enumera las donaciones que ha hecho un hijo y añade que de ellas debe sólo colacionar tal y tal donación, expresamente dispensa la colación de los demás.»

(1.148) Op. y vol. últ. cit., art. 1.036, pág. 145, afirma: «A tanto como exigir palabras sacramentales para que aparezca formulada la dispensa de colación no llegamos nosotros al fijar el alcance de los términos que sobre el particular emplea el art. 1.036.» ... «La dispensa de colación, según como aparezca formulada, ha de hallarse sometida, por tanto, a las reglas de interpretación de los contratos o de los testamentos por razón del instrumento y del tiempo en que se haga, y ponerla en relación con las demás expresiones de la voluntad del causante de la herencia proferidas en vida o sin consideración a la muerte o en atención a ésta.»

(1.149) Op. y vol. últ. cit., pág. 405, dice: «No hacen falta palabras sacramentales ni fórmulas especiales, pero es menester que sea expresa.»

(1.150) Notas cit., § 29, III, pág. 259.

(1.151) F. A y J. B. (*Bienes sujetos a colación. Una interpretación del artículo 1.036 del Código civil*, consulta publicada en «Rev. Der. Priv.», vol. XXVII, págs. 724 y ss.) aclaran que la dispensa general de colación contenida en testamento comprende no sólo las donaciones anteriores al testamento, sino también las posteriores al mismo.

(1.152) Notas, vol. y § cit., pág. 58.

(1.153) 1.ºc. y pág. ult. cit.

El criterio de la doctrina anterior al Código civil fué que la donación que al ser perfeccionada se otorgaba como exenta de colación no podía ser ulteriormente privada de ese carácter (1.154).

Nosotros, en este caso, nos inclinamos por la opinión de Manresa. Salvo en el supuesto, subrayado por Clemente de Diego (1.155), de que el carácter no colacionable de la donación se hubiera dispuesto en capitulaciones matrimoniales, por la fuerza vinculante que ésta tiene como sucesión contractual. Fuera de este supuesto excepcional, podrá discutirse—como hemos visto antes al tratar de la revocación de la mejora (1.156)—la irrevocabilidad de la dispensa de imputación a la legítima, pero a juicio nuestro no es lógico considerar irrevocable la dispensa de colación dispuesta en el acto de donar, puesto que el causante puede disminuir la cuota de institución del donatario—mientras no le prive de su legítima—, logrando el mismo resultado.

5.º *Heredar conjuntamente con otros herederos forzosos de la misma clase y que reúnan los mismos requisitos enumerados anteriormente.*—Dos problemas fundamentales suscita este requisito:

El que plantea si la colación sólo cabe entre herederos forzosos del mismo grupo o clase o si se da entre herederos forzosos de cualquier clase. Y la vieja cuestión de si tiene lugar la colocación en supuesto de institución desigual.

a) El primer problema—creado en el Código civil al ampliar el ámbito personal de la colación—fué percibido y detenidamente examinado por Morell (1.157).

A su juicio, partiendo de que la colación tiene como fundamento la presunta voluntad del causante, «es claro que el art. 1.035 se refiere a la concurrencia de herederos forzosos de la misma clase, y que la colación ha de tener lugar respecto a los coherederos de cada grupo, entre sí, pero no con los de un grupo distinto» (1.158).

De la misma opinión es Fuenmayor (1.159), que explica, refiriéndose al art. 1.037, que su aplicación «tendría fundamento si se aplicara a las relaciones de los legitimarios integrantes de un grupo sucesorio homogéneo: así los ascendientes o los descendientes naturales». «Pero—añade—no puede justificarse para regular el concurso de legitimarios que forman en grupos heterogéneos, como es el caso de acudir a la herencia el cónyuge con los ascendientes o descendientes del causante.»

El primer corolario, que de esa conclusión sacan estos autores,

(1.154) Ver ANTONIO GÓMEZ, *Ad leges Tauri...*, lex XVII, núm. 22, página 132 y ALVAREZ POSADILLA, op. cit., ley XXIX, pág. 171.

(1.155) Pág. últ. cit.

(1.156) Apuntes, III, § 12, H.

(1.157) *Colación especial...* loc. cit., págs. 112 y ss.

(1.158) De la opuesta opinión es PÉREZ ARDÁ (loc. cit., pág. 223). Pero se funda en su equivocada concepción de la colación, que identifica con la computación, y con la general imputación de lo donado a la legítima, a la mejora o a la parte disponible.

(1.159) *Acumulación en favor...* loc. cit., pág. 75.

vale como argumento en contra de que el cónyuge viudo intervenga activa ni pasivamente en la colación, por «que forma por sí solo un grupo de herederos forzosos» (1.160).

Excluido el cónyuge viudo, la cuestión puede plantearse entre descendientes legítimos y descendientes naturales o entre ascendientes legítimos y descendientes naturales. Estima Morell (1.161) que los herederos forzosos de cada grupo son realmente extraños respecto a los legitimarios de otro grupo distinto, y que la ley, al exigir la colación, se refiere a los coherederos forzosos entre sí o de una misma clase, por no prever más que casos normales, en los que no existe mezcla de legitimarios distintos.

En nuestra anterior excursión por el Derecho comparado hemos visto: Que la doctrina portuguesa entiende que al concurrir hijos legítimos e hijos naturales colacionan todos a una masa unitaria que ha de ser atribuida en proporción a las respectivas cuotas de unos y otros. Y que, en Derecho italiano, los hijos naturales cuando son herederos colacionan con los legítimos repartiéndose unos y otros en proporción a sus respectivas cuotas, la masa formada con lo colacionado, pero que, en cambio, no colacionan los hijos naturales entre sí.

En nuestro Derecho la duda sólo puede suscitarse cuando los hijos naturales son instituidos herederos por el causante conjuntamente con los descendientes legítimos de éste o, en su caso, con sus ascendientes o cuando concurren con estos últimos a la sucesión intestada.

Fuera de duda nos parece, en cambio, que los hijos naturales no deben colacionar con respecto a los descendientes legítimos, ni participar de la colación de éstos, cuando no hayan sido instituidos por el causante, ni tampoco cuando le hereden ab intestato, concurriendo con descendientes legítimos. Lo estimamos así por que no suceden como herederos forzosos sino como simples legitimarios del causante, en virtud de lo dispuesto en el párrafo final del art. 840 C. c. También nos parece fuera de duda que los hijos naturales instituidos herederos deben colacionar entre sí (1.162).

Desde luego, creemos que ha sido un error del Código extender la colación más allá del ámbito clásicamente determinado, es decir,

(1.160) MORELL, loc. ult. cit., pág. 115; FUENMAYOR, contexto de la página últimamente citada.

(1.161) Pág. 126. Añade que, concurriendo herederos forzosos de distintos grupos y otorgadas donaciones a individuos de uno y otro grupo, «ya sabemos que esa igualdad o proporción sólo puede ser exigible dentro de cada grupo, y que las donaciones no inoficiosas hechas al uno son independientes de las hechas al otro, no pudiendo pasar del primero al segundo o viceversa a título de colación, a menos de deber reducirse como inoficiosas en virtud no del artículo 1.035, sino del 810, el 656 y otros».

(1.162) MANRESA (op. y vol. cit., pág. 555 y ss.) se ocupa de la concurrencia de hijos legítimos y naturales y explica cómo operará la colación en su caso. Pero no hay que olvidar el especial concepto que MANRESA tiene de la colación.

fuera de los descendientes legítimos que sean herederos efectivos del donante. Tanto más cuanto que —como cree evidente Morell (I.163)— no se pensó «en la complicación que tal extensión llevaba a las relaciones jurídicas».

Por esta imprevisión del legislador, estima Morell que: «Inútil es buscar en la ley soluciones a casos no previstos; cabe defender teorías, no es posible señalar artículos concretos que resuelvan».

Es su teoría, que a la porción relicta a cada grupo de herederos debe añadirse lo donado sin dispensa de colación a cada uno de los individuos del propio grupo y el conjunto se ha de repartir en la proporción de las cuotas hereditarias respectivas. Los herederos forzosos de un grupo son como extraños respecto a los de los demás. Y, del mismo modo que a efectos de la colación propiamente dicha se prescinde de la cuota relicta y lo donado al heredero extraño, igualmente se prescinde de las cuotas relictas y de las donaciones hechas a los herederos forzosos de otro grupo distinto al verificar la colación entre los herederos forzosos de un mismo grupo (I.164).

Estas dificultades y dudas debemos tenerlas muy presentes los Notarios al traducir jurídicamente la voluntad empírica de los testadores. Bien sea aconsejándoles que aclaren directamente estas cuestiones, o bien haciéndoles aislar los diversos grupos de legitimarios v. gr., instituyendo herederos a los de un grupo y asignando legados a los de otro, etc.

b) El segundo problema, es decir, el que plantea si la colación tiene lugar cuando los herederos forzosos heredan por cuotas desiguales, debemos darlo por resuelto, ya que hemos aceptado que la colación se funda en la consideración que lo donado a los colacionantes se les dió como anticipo de su respectiva cuota hereditaria. Como escribió, el tan reiteradamente citado Morell (I.165), «no se opone la idea de la colación a la desigualdad de cuotas cuando así expresamente instituye el testador, y no dispense en forma alguna la colación de lo donado. Si esta presunción no es evidente tampoco lo es en el caso de instituir herederos en partes iguales, porque es lo cierto que en uno y otro caso, lo mismo pudiera la ley exigir para estorbar la colación su dispensa, que, para

(I.163) Pág. 129.

(I.164) Ver págs. 126 y sig. Reconoce, no obstante (pág. 127), que «repugna a la colación esta mezcla de grupos de herederos forzosos y esta independencia de donaciones..., porque es preciso formar también en la herencia dos grupos separados, y esto no lo autorizan claramente ni el art. 1.035 ni el 1.047. Para obviar este inconveniente sólo cabe alegar, y en ello no deja de haber fundamento, que los herederos forzosos de cada grupo son realmente extraños respecto a los legitimarios de otro grupo distinto, y que la ley, al exigir la colación, se refiere a los coherederos forzosos entre sí o de esta misma clase, por no prever más que casos normales, en los que no existe mezcla de legitimarios distintos».

(I.165) Loc. últ. cit., pág. 118.

no estorbarla, que se ordenara expresamente en el testamento la colación».

De qué forma se opera en estos casos la colación volveremos a ocuparnos al hablar del modo de colacionar.

6.º *Finalmente, como requisito límite de la colación se exige que no perjudique la legítima del colacionante.*—Al tratar de la colación justinianea hemos aducido la observación de Winscheid de que en la voluntad presunta del causante no se puede apoyar un resultado que por su expresa voluntad no podría imponer.

Esa colisión entre la defensa de las legítimas y el deber de colacionar puede surgir en los supuestos en que la masa deba repararse en proporción a las cuotas desiguales de la institución y de que el colacionante deba devolver el exceso de lo que se le donó respecto del montante correspondiente a su cuota. Partiendo de su viabilidad, observamos en otra ocasión (1.166) que deben relacionarse los efectos que individualmente produce la colación sobre cada heredero, con el cálculo de la legítima individual estricta obtenida a través de su computación conforme el artículo 818 del C. c. Si la cuota hereditaria incrementada con la colación no alcanzare al valor de la legítima, deberá corregirse en la medida necesaria el resultado de la colación. Sobre el derecho voluntario está el derecho necesario y por encima de la voluntad expresa o tácita del testador están los límites que la ley le impone imperativamente.

C) Bienes colacionables.

El Código civil ha introducido varias innovaciones con respecto al Derecho anterior. La primera es más aparatosa que real, y ciertamente ajena a la colación propiamente dicha. La segunda es ciertamente trascendental.

a) Es ajena a la colación, a pesar de su colocación en la sistemática del Código, y de su tenor literal, la disposición del artículo 1.037 C. c., que dice así: <No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiese lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas.>

La doctrina así lo ha repetido frecuentemente. Pero nos contentaremos con reproducir la certera apreciación de Calderón Neira (1.167). «Esta regla (la del 1.037) está muy mal formulada, porque si por la colación se aportan a la masa bienes (art. 1.035), es imposible que los legados se colacionen, *mándelo o no lo mande el testador*, porque no es posible aportar a la masa lo que en la masa ya está y de la masa nunca ha salido. Se podrán colacionar las donaciones que han salido del haber del difunto, no los legados. Lo que el Código quiere decir es *que los legados no se imputen en la vocación hereditaria del legitimario, salvo disposición contraria del*

(1.166) *La mejora tácita...*, loc. cit., págs. 111 y sig.

(1.167) Loc. cit., págs. 135 y sig.

testador. En resumen: que ésa es una regla sobre imputación, y aun hilando delgado puede decirse que ni aun es regla sobre imputación, sino de aplicación del principio que el testador que lega a su heredero lo hace independientemente de la cuota hereditaria, hasta el punto que puede renunciar la herencia y admitir el legado, y viceversa.»

La mal llamada orden de colación de un legado sólo significa que su atribución no constituye realmente un legado, sino solamente la asignación de un bien en la cuenta de la cuota hereditaria del asignatario. Algo semejante a la vieja figura de la *praeceptio* aplicada en la cuota hereditaria de la persona a quien se atribuyó.

b) En cambio, una novedad trascendental del Código en materia de colación se halla en el artículo 1.035 (1.168), en cuanto borra la vieja distinción clásica entre las donaciones simples y las causales, exentas las primeras y sometidas las segundas a la colación. Hoy deben colacionarse las dotes, todas las donaciones—sin distinción de causales o simples—salvo dispensa del causante (artículo 1.036) y cualesquiera otras atribuciones gratuitas con las limitadas excepciones que el propio Código civil determina, y de que luego trataremos.

Hemos visto que en Derecho francés, la Jurisprudencia, interpretando el adverbio *expressement* paralelamente al *expressim* de la Novela 18, cap. I, de Justiniano, ha llegado a considerar no colacionables las donaciones disimuladas y encubiertas. En cambio, en la doctrina española, Sánchez Román (1.169) y Clemente de Diego (1.170) afirman no precisamente su colacionabilidad, sino la devolución a la masa por nulidad absoluta por vicio de simulación de las donaciones por persona interpuesta o enmascaradas tras las apariencias de un contrato oneroso. Menos radical Lacruz Bermejo (1.671), se limita a considerar colacionables las donaciones disimuladas y las por persona interpuesta, en los casos de interposición ficticia y afirma que en la interposición real debe triunfar el criterio opuesto de considerarlas exentas de colación conforme resulta de los artículos 1.039—contrario al 1.035—y 1.040.

En realidad, esta diferencia de criterio entre la doctrina francesa y la española dimana de otra divergencia más fundamental. Las donaciones encubiertas en un contrato oneroso son consideradas válidas como donaciones por las jurisprudencias francesa e italiana y por la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 29 de

(1.168) El art. 1.135 C. c. señaló como objeto de colación *los bienes o valores que hubiese recibido* (el heredero forzoso sujeto a colacionar) *del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativos*.

(1.169) Op. cit., VI-III, pag. 2033, invoca, además del vicio de *simulación*, «el espíritu del Código, que resulta de la combinación de sus arts. 4.º, 620 y 755».

(1.170) Op. y vol. ult. cit., pag. 401.

(1.171) Notas cits., § 20, III, pág. 250.

enero de 1945—en virtud de que la simulación sólo es relativa—con tal que tratándose de inmuebles la venta simulada haya sido otorgada en escritura pública. En cambio, las sentencias de nuestro más alto Tribunal de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940 y 23 de junio de 1953 las consideran totalmente nulas—con el aplauso del maestro Federico de Castro (1.172)—porque en este caso la forma sustancial de la escritura no refleja, como es indispensable para su validez, la expresión del *animus donandi*.

Las donaciones indirectas, a juicio de Sánchez Román (1.173) y Clemente de Diego (1.174), son igualmente colacionables. Según este último lo son «la renuncia gratuita a una herencia en favor del heredero forzoso, la renuncia a la legítima futura, que es nula, según el artículo 816, pero debiendo traer a colación lo que hubieren recibido por la renuncia o transacción los herederos forzosos renunciantes, el perdón o remisión de deudas u obligaciones de éstos y de sus garantías hipotecarias o fiduciarias, si el deudor fuere insolvente; no así cuando el perdón es en el juicio de concurso y consiente con los otros acreedores, aun votando con la mayoría, pues es perdón forzoso, toda vez que, aunque hubiese votado con la minoría, de todos modos la rebaja o remisión se hubiera hecho, las cantidades empleadas o gastos satisfechos en aumentos o mejoras y en toda clase de reparaciones costeadas en vida del que fué después causante de la herencia en bienes propios de uno de sus herederos forzosos que concurre con otros de la misma condición, el cual vendrá obligado a colacionar su importe como adquisición que es para éste a título lucrativo del decujus (el importe nada más de lo gastado es lo colacionable, no el mayor valor, producto o beneficio que, en definitiva, le reportaren las sumas gastadas), y, en general, otras acciones u omisiones de parte del causante que produzcan merma en sus derechos patrimoniales y habrán de figurar luego en su herencia, siempre que sean voluntarias y con la presunción racional de conocimiento y propósito de que redundarán en beneficio de sus herederos forzosos, y, por consiguiente, que de no colacionarse, se perjudicaría notoriamente la legítima de los demás». Y «en las ventajas que éste (el heredero forzoso) saque no todas son colacionables, por ejemplo, las que se compensan con las que sacare el causante, pero sí lo serán las que excedan de lo que naturalmente lleva el contrato en su forma normal o que impliquen una concesión por parte del causante que no es habitual en tal contrato y que, desde luego, no se hubiere otorgado a un extraño».

Según Roca Sastre (1.175), las primas «satisfechas por el causante por razón de un seguro de vida cuyo beneficiario sea alguno

(1.172) *La simulación y el requisito de la forma en la donación de cosa inmueble*, en Anuario Dr. Civ., VI-IV, págs. 1003 y sig.

(1.173) Loc. ult. cit., págs. 2033 y sig.

(1.174) Loc. ult. cit., págs. 400 y sig.

(1.175) Notas, vol. 5 y pag. ult. cit.

de los herederos legitimarios sujetos a colación han de estimarse «colacionables». Nosotros creemos que este criterio debe aplicarse solamente en aquellos casos en los cuales las primas satisfechas no puedan catalogarse entre las donaciones usuales o entre los deberes de previsión, jurídicos o meramente morales, atendidas las circunstancias del caso, la fortuna del estipulante y la cuantía de las primas.

Respecto las *mortis causa* hemos defendido en otro lugar (1.176) que deben colacionarse conforme la solución clásica. La disposición del artículo 620 del C. c., según entendimos, no alcanza a las que entonces denominamos reglas extrínsecas de las donaciones.

Las únicas excepciones que el Código civil señala a la colación de liberalidades no dispensadas por el donante son las siguientes:

1.^a En ningún caso se colacionan los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre (artículo 1.041).

2.^a Los gastos que el padre hubiere hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística sólo se colacionan cuando aquél lo disponga (aparte de su reducción en cuanto resulten inoficiosos) y, aun en caso de haberlo dispuesto así, sólo se colacionarán en cuanto dichos gastos excedan de lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres (art. 1.042).

3.^a Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos sólo se colacionarán en cuanto excedan de un décimo de la cantidad disponible en testamento. Así resulta de la interpretación del artículo 1.044, en su vertiente orientada a la colación. Como antes indicamos (1.177), dicho artículo, según parece, debe entenderse que dispone una doble exención. Dispensa de colación de tales regalos en cuanto no excedan de un décimo de la cantidad disponible por testamento. Y su exención de reducción por inoficiosidad en el mismo montante, aun en el caso de no haber en la parte disponible por haberla agotado el causante con liberalidades anteriores; caso en el que se altera, en cuanto a dicho importe, el orden señalado para la reducción de donaciones en el artículo 656 del C. c.

En cambio, son colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir a sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos (artículo 1.043).

D) *Modo de colacionar y valor a colacionar. Los problemas de la distribución del valor a colacionar y de su exceso con respecto a la cuota hereditaria del colacionante.*

Hemos visto que entre los autores del período inmediato anterior al Código civil se discutía cuál era el modo normal de cola-

(1.176) *La donación «mortis causa...»*, XI, II, loc. cit., pág. 744.

(1.177) III parte, § 13. B, b).

cionar: si la forma *material*, por *aportación de los cuerpos donados in natura* o la forma *ideal*, por *toma de menos o imputación*.

Posiblemente, en esa discusión se barajaron en una sola dos cuestiones distintas. Una sobre el modo jurídicamente normal de colacionar a falta de otro acuerdo entre los coherederos y de disposición del causante. Otra, con respecto al modo usual o más corriente en la práctica de verificar la colación.

Pero lo cierto es que conforme el artículo 1.045 C. c., el modo de colacionar que era más usualmente utilizado en la práctica, pasa a ser igualmente el modo legalmente normal de colacionar. Esto es evidente, pero surge la duda de si ese modo de colacionar es no sólo legalmente el normal, sino incluso el único posible en el Derecho vigente.

Para dar con la exacta solución de este problema fundamentalísimo es conveniente diseccionar los dos momentos que la colación supone y examinar por separado los correspondientes desplazamientos de valor desde el patrimonio del donatario al caudal partible y desde esta masa común al haber de cada heredero.

a) *Desplazamiento de valor desde el patrimonio del colacionante al caudal partible.*

En la colación germánica, como se percibía más claramente en el *Droit Coutumier* que en el *Code de Napoleon*, se producía al fallecer el causante, *ipso facto*, un desplazamiento real de lo donado a la masa partible, un tránsito dominical del donatario a la comunidad de los herederos forzosos. En Derecho romano, en cambio, el tránsito patrimonial no era real o dominical, sino crediticio, aunque ese crédito que nacía contra el colacionante se traducía, por regla general, en una deuda en especie de una cosa cierta—la que fué donada—que en la segunda fase de la colación podía quedar compensada con la toma de menos, si en la primera no fué satisfecha *in natura*. En el Código civil, según dice Núñez Lagos (1.178) el primer desplazamiento patrimonial es también crediticio, pero la deuda que el colacionante contrae no es de cosa específica, sino de valor. A nuestro juicio, en ese primer momento de la colación sólo se produce un desplazamiento contable y únicamente su liquidación dará lugar, en su caso, a la concreción de una deuda de valor, según luego veremos.

El artículo 1.045, en su párrafo primero, determina que: <No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio.> Cierzo que, en cambio, poco antes el artículo 1.035 comienza diciendo: <El heredero forzoso que concurra, con otros que también

(1.178) *Historia y crítica de los problemas de la valoración*, loc. cit., página 726: «La revocación de la propiedad se sustituye por una deuda de valor.»

lo sean, a una sucesión, *debera traer a la masa hereditaria los bienes o valores* que hubiesen recibido del causante de la herencia...».

Burón (1.179) entendió que podía colacionarse no sólo por imputación, sino igualmente por liberación y por manifestación, «que se hace presentando las mismas cosas recibidas, puesto que el texto anterior (*el artículo 1.045*) ni la ley antigua lo prohíben». En cambio, a juicio de Mucius Scaevola (1.180), de la contraposición de los artículos 1.035 y 1.045 debe deducirse que «la palabra <*bienes*> del primero de esos preceptos sobre todo contrapuesta a la de <*valores*>, es innecesaria, origina confusiones y debemos darla por no escrita». Sánchez Román (1.181) opinó, en el mismo sentido, que el Código ha optado por que la colación de las donaciones «siempre se realice mediante el valor representativo de ella».

Oyuelos (1.182), por el contrario ha sostenido que la disposición del artículo 1.045 «es, en efecto, la regla general, la cual presupone la existencia en la herencia de otros bienes con que compensar a los coherederos; pero cuando, por azares de la fortuna del causante, sólo existiese la cosa objeto de la dote o donación, o las que existieran no alcanzasen a cobrar la porción de los demás coherederos, entonces no habrá más remedio que aportar realmente la misma cosa, para distribuirla entre aquellos, aplicando el tenor literal del artículo 1.035, que habla de traer a la masa hereditaria los bienes o valores recibidos del causante de la herencia».

Morell (1.083), que, como veremos, sostuvo que era colacionable el exceso de lo donado con respecto al montante de la cuota hereditaria del colacionante, vacila en solucionar la cuestión que ahora tratamos, puesto que dice que es necesario alternativamente que «éste (*el donatario*) colacione materialmente el exceso o entregue en metálico a sus coherederos la diferencia».

A juicio nuestro, el artículo 1.045 significa algo más que la determinación preferente de una regla general. Representa un cambio de sistema: el tránsito del sistema colación como deuda de cosa específica, al de la colación contable de un valor a liquidar en la partición de la herencia. Antes del Código se debía colacionar la cosa donada, aun cuando al verificarla se podía y solía compensarla, mediante la toma de menos consiguiente a la imputación del bien donado en la cuota hereditaria del colacionante.

(1.179) Op. y vol. cit., núm. 1.126, pág. 206.

(1.180) Op. cit., vol. XVIII, art. 1.045, pág. 90. Fundamenta su opinión en que «los preceptos que regulan la materia de colación suponen todos que las referidas cosas no vuelven ya al caudal que ha de inventariarse de la herencia de que se trate, y en este sentido se las da por descontadas en cuanto no afecte al valor que tenían al tiempo de constituirse la donación o dote».

(1.181) Op. cit., VI-III, pág. 2049.

(1.182) Op. y vol. cit., art. 1.045, núm. 14, pág. 351.

(1.183) *Colación especial...* loc. cit., pág. 132.

Después del Código civil, lo que debe colacionarse idealmente es el valor que lo donado tenía en el día de su donación (1.184).

La diferencia de este sistema con respecto al anterior radica en que la toma de menos significaba antes una compensación de la obligación de llevar materialmente a la masa, mientras que hoy la aportación material sólo puede concebirse como una dación en pago de la deuda de valor resultante de la liquidación del valor colacionado hecha al realizar la partición.

Antes la aportación a la masa partible agotaba siempre el débito de la colación, sin perjuicio del deber complementario del colacionante de abonar los deterioros o la pérdida que le fuera imputable y de su derecho a que se le abonaran las impensas y mejoras que hubiere realizado. Ahora la aportación *in natura* puede resultar insuficiente para agotar el deber de colacionar, siempre y cuando la cosa donada haya disminuído de valor, aunque tal merma sea debida a causas no imputables al colacionante. Es así porque la contabilización se refiere al valor que lo colacionado tenía al tiempo de su donación o entrega en dote. Por eso, como dice el § 2.º del artículo 1.045: <El aumento o deterioro posterior, y aún su pérdida total, casual o culpable será a cargo y riesgo o beneficio del donatario> (1.185).

No vemos inconveniente en aceptar la opinión de Marin Montroy (1.186), según la cual es posible la colación en especie, siempre que estén todos los interesados de acuerdo en que así se verifique—cosa lógica en una institución que no es derecho necesario—y no se perjudiquen legítimos derechos de terceros. Pero, haciendo la salvedad de que en este caso, como hemos dicho, la colación en especie supone una dación en pago de una deuda de valor, y de que la normal realización de la colación consiste en detraer del haber hereditario el correspondiente valor colacionado por los otros coherederos. Por eso, no puede estimarse que esa forma de cumplimiento sea facultativa del obligado, sino que requiere el consentimiento de los demás.

(1.184) Como dice ROCA SASTRE (Notas cit., vol. y § ult. cit., VII, pág. 59): «Nuestro C. c. no sigue el sistema romano de *aportación* substancial de las cosas colacionables con adjudicación de las mismas al propio donatario, en lo que en su cuota quepa, sino que adopta el sistema del C. c. alemán, sea de *deducción* o *imputación* de su valor, previamente computado para la formación de las cuotas hereditarias.»

(1.185) Certeramente observa a MANRESA (op. y vol. ult. cit., art. 1.045, pág. 592), que: «La regla sobre el aumento, deterioro o pérdida se establece como absoluta. Se presentan, no obstante, circunstancias excepcionales. Así, si el mismo donante realiza mejoras en la finca donada, habrá una nueva donación. Si el mismo causante, administrando los bienes donados a un menor o incapaz, ocasiona, por culpa o negligencia propia su pérdida, no es justo exigir la colación. Si los mismos coherederos forzosos destruyen la cosa donada, procederá la colación por el donatario; pero aquéllos deberán indemnizar los daños y perjuicios que ocasionaron.»

LACRUZ BERDEJO (Notas y § ult. cit., pag. 260) participa de esta misma opinión.

(1.186) Loc. cit., págs. 258 y sig.

Problema aparte, que luego trataremos, es determinar el modo cómo debe traducirse la colación del exceso de valor de la donación con respecto a la cuota hereditaria del colacionante, si es que convenimos en que ciertamente debe ser colacionado dicho exceso.

Ahora bien: ¿Cómo se determina el importe de ese valor a colacionar que idealmente se contabilizó en el activo de la masa partible? El artículo 1.045 C. c. insiste en que debe colacionarse el valor que lo donado tenía al tiempo de la donación <aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio>. Esas palabras finales del artículo 1.045, § 1.º, sugieren dos preguntas: ¿qué valor tiene ese justiprecio si se hizo?, ¿cómo deberá suplirse en caso contrario?

La segunda pregunta es más sencilla que la primera. Sin duda, la determinación del valor a colacionar integrará las operaciones particionales, y su aprecio correrá a cargo de quienes las efectúen como comisarios o contadores partidores, en su caso, o de todos los herederos interesados en la colación. A falta de acuerdo resolverán los Tribunales de Justicia, apreciando la tasación pericial correspondiente.

Requiere, en cambio, un cuidadoso examen la determinación de fuerza vinculante del justiprecio verificado al otorgarse la donación y de la declaración del donante—hecha al donar o en su disposición testamentaria—de que lo donado se colacione por determinado valor.

Suele invocarse por la doctrina (1.187) la afirmación de uno de los Considerando de la Sentencia de 4 de julio de 1908, de que «la valoración que de común acuerdo hicieron los donantes de las fincas adjudicadas en dote no tiene eficacia alguna en perjuicio de los demás herederos, dado el sentido y finalidad de los artículos 1.035 y 1.045 del Código». Pero la invocación es inoportuna si se refiere a la colación en sentido estricto. En el pleito en cuestión no se discutía problema alguno de colación propiamente dicha. En el mismo la palabra colación era aplicada a las operaciones de computación e imputación. Se explica su llamada al artículo 1.035, porque en éste es utilizada aquella palabra en su doble significado. Y la referencia al artículo 1.045 queda justificada por que su doctrina es aplicable a toda imputación, sea hecha a cuenta de la legítima, de otro tercio, o de la cuota hereditaria del imputante.

No es posible olvidar que mientras la computación es institución de derecho necesario, *ius cogens*, de regulación imperativa, en cambio, la colación propiamente dicha, es de derecho voluntario, fundada en la presunta voluntad del causante. Si éste, conforme al artículo 1.036, puede excusar la colación, con mayor ra-

(1.187) Ver MANRESA, loc. últ. cit., pág. 591; OYUELOS, op. y vol. citados, artículo 1.045, núm. 14 § 1, pag. 352; LACRUZ BERDEJO, pág. últ. cit.

zón podrá limitar la cifra a colacionar por el donatario. Determinación que cabe hacer al donar o bien en testamento, lo mismo como la dispensa de colación.

El único límite de una y otra disposición se halla en el respeto a las legítimas. Por eso, lo donado deberá necesariamente computarse para cálculo de las legítimas, y para verificar la consiguiente imputación, por el valor que objetivamente tenía el día de la donación. En cambio, se colacionará conforme al valor que el causante haya determinado y ordenado al efecto.

Ahora bien, con la disposición o con la determinación del valor a colacionar no puede confundirse el simple aprecio o valoración hecho en el acto de la donación, sin especificar que sea a efectos de la colación de lo donado, y que generalmente se expresa tan sólo a efectos fiscales. Con respecto a esa mera declaración del valor de lo donado creemos exacta la afirmación de Sánchez Román (1.188) de que «podrá servir de tipo, si lo aceptan las partes, y aún prevalecer en caso de contradicción entre ellas; pero que no puede legalmente calificarse de *obligatoria* por esta mención que de tal circunstancia haga el Código, sin atribuirle efecto decisivo alguno, sino más bien en términos de mera referencia a la necesidad, en todo caso, de la valoración, además de que el justiprecio anterior puede resultar demostrado al tiempo de la colación que fué visiblemente erróneo por exceso o por defecto, y como el Código no previene que se pase por él, cuando exista, no puede calificarse, en definitiva, de obligatorio para las partes» (1.189).

Por tanto, debe distinguirse totalmente entre la disposición del valor a colacionar, de una parte, y el simple justiprecio o declaración de valor de lo donado verificado al otorgar la donación, pero sin asignarle específica trascendencia para la colación.

La primera declaración supone un doble efecto: el de determinar el valor a colacionar, y el de configurar netamente como deuda nominalmente determinada, la obligación de colacionar.

b) *Distribución compensatoria de la masa partible y atribución del exceso a los demás coherederos forzosos.*

El estudio del segundo momento de la colación puede, a su vez, descomponerse en los siguientes planos:

1.º Imputación de la partida de valor colacionada hasta el

(1.188) Op. y vol. ult. cit., pag. 2048.

(1.189) En este mismo sentido expresa MANRESA, pág. ult. cit.: «En todo caso, aunque conste el valor, no es obligatorio para los interesados aceptar el que se expresó. Pudo exagerarse ese valor por aparentar más esplendor o por vanidad del donante, o pudo disminuirse, como ocurre con mayor frecuencia para evitar gastos en el papel sellado, impuesto de derechos reales y honorarios. El valor agregado debe ser siempre el verdadero. Ahora bien, si se fijó al donar, para alterar lo fijado ha de mediar conformidad o prueba de que hubo aumento u ocultación.»

montante de la cuota correspondiente al colacionante en el haber partible.

2.º Compensación a los demás coherederos en bienes hereditarios equivalentes a los que fueron donados al colacionante. En este plano visual interesa examinar: el modo de realizar esa atribución compensatoria; la determinación de lo que se entiende por equivalente en sus aspectos cualitativo y cuantitativo, y cuál es la proporcionalidad que debe presidir su atribución.

3.º Colación del exceso de lo donado con respecto a la cuota del colacionante, en caso de que opine que debe ser colacionado.

Esta visión cinematográfica, a cámara lenta, de ese segundo momento de la colación, pone de manifiesto varios problemas que trataremos de examinar uno a uno.

a) *Modo de realizar la atribución compensatoria a los demás coherederos forzosos. Determinación del «equivalente».*

El Código civil, en su artículo 1.047, dispone como regla general que: <El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad>.

Dos ilustres compañeros, Marín Monroy y Núñez Lagos, han entendido diversamente el modo de operarse tal compensación.

Según el primero (1.190), la distinta redacción del artículo 1.047, con respecto al 888 del Proyecto de 1851, y concretamente la sustitución de las palabras <otro tanto más>, del 888 (1.191), por <el equivalente>, expresado en el vigente 1.047, significa un cambio de criterio trascendental: «ya no se exige —dice este autor— otro tanto en bienes iguales, o la misma cantidad de iguales bienes, sino *el equivalente* en bienes iguales, y claro está, que la verdadera igualdad es imposible, a poco que varíen los precios».

Núñez Lagos (1.192) se define de otro modo: «La variación no creo que sea tan de fondo como apunta Marín Monroy. Fué una corrección de estilo, para no repetir dos veces, como lo hacía el Proyecto de 1851, la frase *otro tanto*. El 1.047 del Código civil empieza: <El donatario tomará de menos—*minus tantum accipere*—tanto como ya hubiera recibido>. Luego tomará de menos dos vacas (puesto que en el supuesto planteado *le habian sido donadas dos vacas*), lo que *equivaldría* a que sus herederos las tomen de más».

Esa opinión había sido la de Mucius Scaevola (1.193), como

(1.190) Loc. cit., págs. 270 y ss.

(1.191) Decía así el artículo 888 del Proyecto de 1851: <El donatario tomará de menos en la masa hereditaria otro tanto como lo que ya tiene recibido, o los herederos percibirán otro tanto más en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, en cuanto sea posible.>

(1.192) *Historia y crítica de los problemas de valoración*, loc. cit., pág. 720.

(1.193) Op. y vol. últ. cit., art. 1.047, pág. 208.

resulta del texto que a continuación transcribimos: «si tales transmisiones del dominio lo fueron de casas, animales de labor, tierras cultivadas, por ejemplo, se debe intentar que en la hijuela de adjudicación de cada coheredero en favor de quien la colación se haga, vayan señalados esos mismos bienes, y no genéricamente iguales, sino en naturaleza, especie y calidad, como declara el citado artículo; es decir, una casa como la colacionada en precio, número de pisos, situación, servicio, etc.; una tierra de igual riqueza agrícola destinada a la misma clase de producción, en situación idéntica, etc.».

Lacruz Berdejo (1.194) también se inclina a entender que la compensación específica de los artículos 1.047 y 1.048, y en especial el 1.049, § 2.º, supone una igualdad de valor entre la liberalidad y los bienes que de la misma especie existen todavía en la herencia y no una igualdad dineraria nominal, tan sólo, y calculada para éstos en momento distinto que para aquélla.

β) Valor nominal o valor efectivo para la determinación del equivalente.

El artículo 1.048 C. c. se ocupa de los supuestos en que no es posible compensar a los demás coherederos forzosos con el equivalente de lo donado, por no haber en el caudal partible bienes suficientes de la misma naturaleza, especie y calidad.

Su § 1.º determina que en este caso, <si los bienes donados fuesen inmuebles, los coherederos, tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización, y no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria>.

El § 2.º enfoca el mismo supuesto cuando los bienes donados son muebles, y resuelve que: <los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio a su libre elección> (1.195).

(1.194) Notas y § ú.t. cit., pag. 260.

(1.195) Como destaca SCAEVOLA, pág. 211 y ss., debe tenerse en cuenta al interpretar el artículo 1.048 (pág. 600) a) Que los coherederos pueden ponerse de acuerdo en hacerlo de diversa manera; b) Que la compensación en valores mobiliarios se limita a exigirla este artículo para el supuesto de hallarse admitidos en cotización; c) Que la facultad de elección sólo se concede a los coherederos que deban ser compensados en el supuesto del segundo párrafo.

SÁNCHEZ ROMÁN (vol. últ. cit. pág. 2051) opina acertadamente, a nuestro parecer, que «a pesar de lo terminante del texto legal del segundo párrafo del artículo 1.048, ha de entenderse aplicable la solución de igualar en metálico, o valores mobiliarios al tipo de cotización, o con el importe de bienes vendidos en pública subasta, lo mismo en el caso de que la donación consistiera en bienes inmuebles, que en el de que hubieran sido objeto de ella bienes muebles, si no los hay en la herencia suficientes para que por el justo precio y a libre elección de los herederos en cuyo favor la colación ha de hacerse efectiva, se les adjudiquen en pago de su haber.» En cambio, NÚÑEZ LAGOS, págs. 727 y ss., cree que si lo

El problema fundamental que plantea ese artículo 1.048, en el tema que tratamos, consiste en determinar si el derecho de los coherederos a ser igualados en metálico se refiere al mismo valor nominal o al valor efectivo actual correspondiente al que tenía lo donado en la fecha de la donación.

Marín Monroy y Roca Sastre, interpretando el artículo 1.048, entienden que en éste se establece un crédito *dinerario*—y no de valor—a favor de los coherederos del colacionante. «No se tiene en cuenta—dice Roca—la depreciación monetaria, salvo que se hubiera establecido cláusula de estabilización» (1.196).

De ello se lamenta Marín Monroy (1.197): «Este primer párrafo del artículo 1.048, nos muestra, una vez más, que ni los tratadistas y proyectistas, ni los legisladores vieron lo que son el valor, las monedas y los precios y sus respectivas oscilaciones y las repercusiones de éstas. No hay bienes para darles en ellos el equivalente, se les dará en valores cotizables o en dinero. Si hubiesen conocido la realidad y la economía, hubiesen dispuesto que de darles valores cotizables no sea por la actual cotización que había el día que se hizo la donación, y de darles dinero, hubiesen visto que para lograr la igualdad sería preciso comparar el poder adquisitivo de la moneda cuando se dieron los bienes y el que tenga al morir el padre, problema nada fácil, y que lo que hay que darle, es el necesario, para que con él, a los precios actuales, pueda comprar unos bienes iguales a los donados, de no disponer, como proponemos, que sería más fácil que se valore todo al abrirse la sucesión».

Núñez Lagos no se detiene en lamentos, sino que interpreta de otro modo el artículo 1.048. El derecho de los demás coherederos a ser igualados con el donatario, lo juzga así: «se trata de un derecho de crédito, a percibir un *quantum* del activo hereditario. Es, pues, una deuda de cantidad, en la subclase de deuda de valor». Entiende que su cuantía debe ser: «la concurrente para compensar el valor *real*, según los números índices en el momento de la donación, de los bienes donados, en vida por el causante» (1.198).

donado fueron bienes muebles, el Código «no concede derecho a los coherederos para exigir dinero de la herencia en pago de sus créditos por colación.» Nos inclinamos, en este caso, por la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN, si en la herencia no hay otros bienes muebles suficientes para compensar a los demás coherederos forzosos del colacionante.

Hay que subrayar también, que el derecho de los coherederos a exigir la venta en pública subasta de bienes de la herencia para ser igualados en metálico, cuando en la herencia no haya bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, ni metálico o valores cotizables suficientes, se limita al supuesto de que la donación a colacionar sea de algún bien inmueble. Siéndolo de bienes muebles les asiste a los coherederos, en cambio, la facultad de elección de otros muebles que determina el § 2.º.

(1.196) Notas, vol. y § últ. cit., VII. 1. pág. 60.

(1.197) Loc. cit., pág. 274 y ss.

(1.198) Loc. cit., pág. 227. Con un ejemplo acerca su posición: «El par de

Por este mismo camino, Lacruz Berdejo (1.199) cree que considerando la pretensión de colación como simplemente de *valor*, «no se vulneran el espíritu ni la letra del artículo 1.045; se conservan las ventajas de hacer la valoración al tiempo de donar, quedando en pie el principio de que las vicisitudes posteriores del objeto donado (alza o baja de las cotizaciones, mejoras o deterioros, etc.) no influyen en el valor colacionable; se explica la compensación específica de los artículos 1.047 y 1.048, y en especial el 1.049, 2.º, que supone una igualdad de valor entre la liberalidad y los bienes que, de la misma especie, existen todavía en la herencia; y, finalmente, la interpretación se ajusta mejor a la equidad y al fin perseguido por el instituto».

Nosotros hemos examinado el problema de la mutación del valor de la moneda al tratar de la computación para cálculo de la legítima (1.200). Recordemos las conclusiones a que allí llegamos:

El principio nominalista no tiene carácter de orden público aplicado al Derecho sucesorio. No es justo que la unidad de valor no sea la misma para calcular el montante de los diversos elementos de la masa a distribuir. Pero, a veces, tampoco resulta equitativo la aplicación de la moneda actual para medir el valor que tenía lo donado en el día de la donación. Por ello, concluimos—paralelamente a la tesis de Kipp—que debe atenderse a las circunstancias individuales de cada caso, para aplicar el criterio que conforme a ellas resulte más adecuado.

Enfrentándonos ahora con la colación y con el mismo problema de la oscilación del valor de la moneda, debemos examinar que justicia y juridicidad significa la aplicación de la misma unidad de valor a los distintos momentos de valoración—los de las donaciones y el de la sucesión—señalados por el Código para los

vacas donadas en 1914 se justiprecia en dicho momento en dos enteros. Con la solución del sistema romano, las vacas deben apreciarse al fallecer el causante, supongamos que en 1940, en 11 enteros. Los coherederos serían compensados cada uno en 11 enteros. En el sistema que MARIÁ MONROY supone de GARCÍA GÓYENA y del Código civil, solamente serían compensados en dos enteros cada uno. Con el sistema de la *dcuda de valor*, de NUSSBAUM, SANCHO SERAL, POLO y mío, si el índice del valor de la moneda acusa una depreciación de un 80 por 100, habrá que corregir el justiprecio de 1914 multiplicando por cinco, lo que nos dará para las vacas donadas un valor real de 10 enteros. Se compensará a cada uno de los coherederos de un valor real de 10. Diferencia de valoración real en el momento de la donación y el de la muerte del causante, un entero.»

(1.199) Notas y § últ. cit., pág. 260. Estima, no obstante, que es otra la interpretación que acepta la Sentencia de 30 de marzo de 1949, «acorde con el sentido literal del artículo 1.045. Dicha Sentencia afirmó que lo colacionable es siempre el precio que los bienes tenían al tiempo de donarse, y que tratándose de unos valores su cotización debe atenderse a su cotización en esa época, y no la que alcanzaron veinte años después». (Pero, en realidad, no se planteó en el recurso ni por tanto se resolvió en el fallo si el valor de cotización debía ser compensado en la partición nominalmente o en el valor efectivo equivalente según la oscilación de la moneda.)

(1.200) III parte, § 11. C.

diversos elementos componentes de la masa formada con la colación.

A este fin examinaremos separadamente los supuestos de compensación a los coherederos en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad y en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización.

En el supuesto de compensación en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, la solución del problema debe hallarse en la determinación gramatical que en el artículo 1.047 tiene el adverbio <equivalente>. ¿Se refiere a los bienes donados, a su valor nominalmente fijado el día de la donación, a la equivalencia en moneda actual de ese valor? En el artículo 1.047, gramaticalmente, el <equivalente> es referido a la expresión <tanto como ya hubiese recibido>, y se dice que debe ser compensado <en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad>. Es decir, <el equivalente> se refiere a <lo recibido>, y debe ser compensado en especie en igual cantidad (<tanto>) y de la misma calidad. En este caso, por ende, deberá atenderse al estado de lo donado (en naturaleza, especie, calidad y cantidad) en la fecha de su donación (1.201), sin ser necesario tener en cuenta el valor monetario que entonces tuviera. La compensación se hace *in natura*, en bienes que puedan compensarse directamente—de cosa a cosa—sin necesitarse la mediación de unidades monetarias.

Coincidimos así, en este punto, con la tesis de Rafael Núñez Lagos.

Sólo hemos de notar que, en esos casos, ocurrirá frecuentemente, que, como consecuencia de la colación, se compensarán entre sí bienes que en la misma partición se habrán valorado de modo distinto para el cálculo de las legítimas (1.202).

(1.201) Por consiguiente deberá prescindirse de las mejoras debidas al donatario (v. gr.: Si el hijo donatario convirtió en regadío el terreno de secano que le donó el causante, los coherederos deberán ser compensados con terrenos de secano de la calidad correspondiente a la que tenía aquél cuando se donó). También deberá prescindirse, en general, de las mejoras o desmejoras debidas a otras causas, como avulsión, hecho de tercero, etc. Pero, en cambio, cuando el aumento de valor de la cosa donada dependa de circunstancias generales que afecten a otros bienes del caudal (v. gr.: oscilación en bolsa de los valores donados, si en la herencia los hay de clase igual; apertura de una carretera o de un canal de riego que afecte a la parcela donada y a otras que quedan en la herencia), creemos que la compensación deberá verificarse preferentemente con esos otros bienes hereditarios que no sólo eran de la misma naturaleza, especie y calidad que los donados, sino que además también han sufrido esas mismas alternativas, por afectarles genéricamente las mismas causas que las motivaron.

(1.202) V. gr., siguiendo el ejemplo de las dos vacas donadas en 1914, y partiendo de que al morir el causante, en 1940, quedan en la herencia vacas suficientes y de calidad igual para compensar a los coherederos forzosos, podemos plantear las siguientes hipótesis:

1.ª Las vacas murieron un mes después de la donación en una epidemia del ganado. Según el criterio variable que resuelve atendiendo a las circunstancias del caso, por el que nos decidimos en este supuesto para la computación y la imputación, resultará que a efectos de la computación para cálculo de las legítimas,

En los supuestos de compensación en metálico—existente en la herencia o producto de la venta en pública subasta de bienes de la herencia—o en valores mobiliarios al tipo de cotización, nos inclinamos, por razones de equidad, a estimar, como hicimos en la computación, según la tesis de Kipp, que en cada caso, según sus circunstancias individuales, debe aplicarse el criterio que resulte más adecuado (1.203).

γ) *Proporcionalidad o igualdad del desplazamiento compensatorio.*

Manresa (1.204) ya formuló la pregunta: «¿En qué proporción se repartirán entre los herederos forzosos los bienes de las donaciones colacionables?» Su respuesta fué: «No nos parece acertada la opinión de los que sostienen que en todo caso han de repartirse por partes iguales o con absoluta igualdad; creemos que debe respetarse la voluntad expresa del testador, que es la ley del caso, en cuanto no se oponga a lo que el Código ordena».

Pero la expresión <el equivalente> del artículo 1.047 ha suscitado otra duda, además de la que es examinada.

Morell (1.205) ataca de frente la cuestión, examinando la re-

cada vaca se valoró en dos, y, en cambio, en la colación serán compensadas por vacas iguales pero valoradas en once cada una.

2.ª Las vacas cumplieron con creces su misión. En este caso, aceptando ese criterio casuístico, según el cual parece que es más justo aplicar a su computación el módulo de la desvalorización monetaria producida entre las dos fechas, les corresponderá un valor de diez. Mientras en la colación serán compensadas *in natura* por vacas de igual calidad valoradas en 1940 en once, como hemos dicho.

(1.203) Donados en 1914 unos valores que entonces valían 20 y que en 1940 estaban desvalorizados, creemos preferible se compensen por su antiguo valor de 20. Pero si esos valores, donados en 1914, se cotizaron a 100 en 1940, optaremos por aplicar a su colación el índice de desvalorización de la moneda (que supongamos es del 80 por 100) y por lo tanto los colacionaremos por 80.

(1.204) Op. y vol. ult. cit., art. 1.035, pág. 556.

(1.205) *Colación especial...*, loc. cit., págs. 119 y ss.

Propone MORELL el siguiente ejemplo: El causante donó a C por valor de 40.000 e instituyó herederos a D y C. en la proporción de 2/3 y 1/3, respectivamente. Su herencia valía 50.000 y son colacionadas las 40.000 de la donación, por lo cual la masa partible asciende a 90.000.

Y señala las siguientes soluciones posibles:

a) Tomando literalmente el artículo 1.047 del Código civil y prescindiendo de otra idea, resultaría: que D comenzaría tomando 40.000 del haber relicto (es decir, el equivalente a lo donado a C) y el resto de 10.000 se repartiría en la proporción de la institución. Es decir, que tendrían: D 40.000 más 6.666,67 y C 40.000 más 3.333,33. Resultado: C, 43.333,33 y D, 46.666,67.

b) Prescindiendo de las palabras *cuenta de la partición* del artículo 1.035 y asimilando la colación a la computación del artículo 818, se procedería en esta forma: C imputaría su donación a su legítima hasta su importe de 30.000 y en su exceso de 10.000 a la parte libre; y además recibiría un tercio de las 20.000 remanentes de la parte libre, es decir, 6.666,66; D, recibiría del caudal relicto las 30.000 de su legítima y dos tercios del remanente del tercio de libre disposición, es decir, 13.333,33. Totales: C, 46.666,67 y D, 43.333,33.

c) Como variante de la solución anterior, cabe hacer entrar el exceso de lo donado respecto la legítima; es decir, las 10.000 imputables al tercio libre, en la

dación del artículo 1.047 C. c. Este, «al decir que esos coherederos tomen de la masa una parte *equivalente* a la ya recibida por el donatario, y no una parte *proporcional* a la cuota en que hayan sido instituidos herederos, o es que supone una institución por iguales partes, como en la sucesión intestada, o se prescinde de la voluntad del testador y se impone la igualdad siempre, sea cualquiera la *proporción* en que el causante instituyó. Esto no es admisible en una institución que precisamente se funda en la presunta voluntad del testador, luego hemos de suponer lo otro, la ley supone una institución de herederos por iguales partes. Por lo menos, el artículo 1.047 se ha escrito bajo esa suposición».

Según sigue razonando el mismo Morell, el artículo 1.035 C. c., se refiere a la *cuenta de la partición*, y «ésta—dice—debe siempre verificarse con arreglo a la ley o a lo dispuesto por el testador». «En esta contradicción—concluye—optamos por la solución más racional». «El artículo 1.035 es el fundamental en la materia. El artículo 1.047 desenvuelve su idea; pero, indudablemente, de un modo incompleto, atendiendo sólo a los casos más frecuentes y normales, y preocupándose más de la igualdad en la calidad de las cosas partibles, que de la igualdad en la cantidad».

Esta interpretación es la más racional, tanto más cuanto que, como veremos, el artículo 1.047 ni el 1.048; en otros aspectos tampoco agotan todos los posibles supuestos, sino que se limitan a regular los que más normalmente se presentan en la práctica.

Roca Sastre (1.206) y Lacruz Berdejo (1.207) muestran claramente su criterio, al decir el primero: «que la colación se apoya en la presunta voluntad dispositiva de signo proporcional del causante en relación con sus herederos legitimarios», y el segundo, que está basada «en la presumible voluntad del causante de igualar o desigualar a los legitimarios».

2) *Problema de la colación o no colación del exceso de lo donado con respecto a la cuota del colacionante.*

Esta cuestión ha sido debatida en la doctrina con notable disparidad de opiniones. Prescindamos del criterio de aquellos autores—como Navarro Amandi (1.208), Scaevola (1.209) y Sánchez Román (1.210)—que, si bien opinaron a favor de la devolución del exceso, la confundieron con la reducción por inoficiosidad.

partición proporcional a las cuotas. Tendríamos entonces: C, 30.000 más 10.000 igual 40.000; D, 30.000 más 20.000 igual 50.000.

d) Con la solución de MORELL, de aplicar la proporción de cuotas de la institución al caudal partible, tendríamos este resultado: D, 90.000 por 2/3 igual 60.000; y C, 90.000 por 1/3 igual 30.000. Es decir, C. debería devolver 10.000 de lo donado, a no ser que repudiara la herencia conforme al artículo 1.036.

(1.206) Notas al Kipp, vol. cit., § 88, V. pág. 59.

(1.207) Notas al Binder, § 29, III. pág. 258.

(1.208) *Cuestionario...* vol. cit., arts. 1.047 y 1.048. pág. 464.

(1.209) Op. y vol. últ. cits., art. 1.047, pág. 206

(1.210) Op. y vol. últ. cits., pág. 2044.

Tampoco insistiremos en la tesis de Pérez Ardá (1.211), que llegó a sostener que si lo donado a un heredero forzoso excediera de su legítima y de la mejora que le cupiere en el segundo tercio, «el donatario y heredero forzoso ha de restituir su donación en beneficio del legatario», por estimar—erróneamente—que el tercio libre está reservado a los extraños.

Entre los demás autores, unos, como Manresa (1.212), Morell (1.213) y Oyuelos (1.214), han sostenido que el exceso debe entregarlo el colacionante a los demás coherederos forzosos, sea o no inoficioso lo donado con respecto a la cuota del colacionante. Por el contrario, Calderón (1.215), Roca Sastre (1.216) y Lacruz Berdejo (1.217) han afirmado que no debe colacionarse dicho exceso.

A principios de este siglo este tema motivó una interesantísima polémica entre dos ilustres Registradores de la propiedad, José Morell y Terry y Manuel Calderón Neira. Nada mejor para percatarse del problema que seguir, con espíritu crítico, esta discusión a través de los argumentos de uno y otro autor y de las objeciones que el segundo opuso al primero:

1.º El artículo 1.047 nada dice sobre el destino del exceso del valor que las donaciones a colacionar supongan con respecto a la cuota hereditaria del colacionante.

A Morell (1.218) le parece indudable «que el artículo 1.047 no prevé este caso, como no prevé otros muchos», y cree que incide en el defecto de muchos de los artículos del Código, «resolver sólo los casos sencillos y ordinarios».

Calderón (1.219) no discute esa afirmación, pues cree que, a los

(1.211) Loc. cit., pág. 222.

(1.212) Op. y vol. cit., art. 1.047, pág. 597. Notemos que no cabe achacar a MANRESA que confundiera la colación del exceso con la reducción por inoficiosa. Este comentarista, después de calcular sólo de lo relicto la parte disponible, agrega a la parte legítima todas las donaciones colacionables, para repartir la masa formada con esa suma, deduciendo las mejoras dispuestas por el causante y dividir el resto por igual.

(1.213) *Colación especial...*, loc. cit., págs. 130 y ss.

(1.214) Op. y vol. cit., art. 1.047, núm. 16, f., pág. 354.

(1.215) *La colación en el Código civil*, loc. cit., págs. 119 y ss.

(1.216) Notas y vol. cit., § 88, VII, 2, pág. 60. A su juicio: «Si la liberalidad colacionable excediere de lo que el heredero legitimario respectivo le corresponde en la partición, el silencio de la ley acerca de este supuesto, obliga a entender que dicho heredero no debe compensar el exceso de los otros, de modo que lo que ocurrirá entonces es que no recibirá nada de la masa hereditaria. Dicho exceso se reputará o tendrá la consideración de liberalidad a extraños o no colacionable. En la efectación de la colación el artículo 1.047 dispone que el donatario *tomará de menos* en la masa y nada más. Claro que el criterio de distribución igualitaria o proporcional a que responde la colación, sólo puede lógicamente operar dentro de la partición.»

(1.217) Notas y § últ. cit., pág. 261. Dice así: «Si un heredero ha recibido del causante más de lo que corresponde a su participación en el caudal relicto, no está obligado a restituir el exceso (arg. arts. 1.035, 1.036, 1.045, 1.047, 621, etcétera).»

(1.218) Pág. 132.

(1.219) Pág. 127.

efectos de su tesis, «basta que el legislador no declare caducada la donación en cuanto al exceso, para que subsista en toda su extensión». «En efecto—dice—, tenemos un acto jurídico perfectamente válido y regular, la donación, y es forzoso respetar ese acto jurídico con todas sus consecuencias, mientras un texto no nos autorice para declararle caducado en todo o en parte por una causa determinada».

La afirmación de Morell nos parece tanto más aceptable cuanto que el artículo 1.048 evidentemente deja sin reglamentar varias hipótesis posibles, tanto en el primero como en el segundo de sus párrafos. Supongamos que un padre donó a uno de sus dos hijos, sin dispensa de colación, valores mobiliarios—es decir, bienes muebles, a los que es de aplicación el § 2.º—por valor de 100, y que al fallecer no quedaba metálico entre sus bienes relictos, ni más valores mobiliarios, ni otros bienes muebles; pero, en cambio, sí que había inmuebles por valor de 200. ¿Cómo deberá ser compensado el otro hijo? El § 2.º del artículo 1.048 no lo prevé. ¿Habrá que deducir de ello que no debe compensársele en forma alguna? El argumento sería el mismo en este § 2.º, 1.048, que en el 1.047. Pero el resultado parece absurdo. Siendo así, parece confirmarse que no cabe deducir de uno ni de otro precepto más de lo que realmente disponen, ni aplicar su doctrina a supuestos no previstos en ellos.

El argumento de Calderón se basa en una afirmación que luego deberemos discutir. Precisamente se trata de resolver si no regulándose en el Código otra causa de reducción de las donaciones que la inoficiosidad, cabe entender que los efectos de la colación pueden alcanzar hasta dar lugar a la devolución del exceso.

2.º Es cierto que ningún precepto del Código civil ordena la reducción de las donaciones, no inoficiosas, en lo que excedan de la cuota hereditaria del colacionante aplicada a la masa partible. «¿Cómo se explica—pregunta Calderón—que el Código a cada momento nos hable de la reducción por inoficiosidad y nunca nos hable de esa reducción?» (1.220).

Cabe replicar que tampoco antes del Código civil se habló nunca de reducción de las donaciones colacionables en cuanto excedieran de la cuota del colacionante, y, que, sin embargo, de hecho eran reducidas en dicho exceso. Porque la colación—llevar a la masa partible y repartirla *proportionibus hereditariis*—lleva directamente a ese resultado, si ha lugar a él.

Lo que debemos resolver—y a ello vamos—es si el Código civil ha modificado ese ámbito de eficacia de la colación al sustituir el sistema de colación *in natura*—por aportación o por toma de menos, si lo colacionado no excedía de la cuota del colacionante—por el sistema de colación de valor, del artículo 1.045 C. c.

3.º En el artículo 1.035 C. c., especialmente, debe buscarse

si el concepto de colación que recoge el Código puede llegar a ser aclarado.

Morell (1.221) se fija en que este precepto ordena al colacionante «*traer a la masa hereditaria* los bienes o valores que hubiere recibido del causante de la herencia en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, *para computarlo, .. en la cuenta de la partición*».

Por ello, resuelve: «Es lo cierto que la donación íntegra se agrega a la masa hereditaria, y que teniendo por base esa suma se fija la porción correspondiente a cada heredero. Por tanto, si el donatario sólo ha de percibir la parte que le corresponde en el reparto o partición, y si sus coherederos han de tener derecho a exigir íntegra su participación, necesario es que cuando la donación exceda al importe de la cuenta hereditaria (legítima o no legítima), éste colacione materialmente el exceso, o entregue en metálico a sus coherederos la *diferencia*». Esta devolución en metálico puede ser una consecuencia de la colación de valor innovada en lugar de la colación de bienes en el artículo 1.045.

No ignora ese argumento Calderón (1.222): «Se dirá—reconoce—que si realizada la cuenta *la cuenta de la partición, a que se refiere el artículo 1.035*) y resultando que el donatario tiene por su donación un valor mayor que el que le corresponde por su vocación hereditaria, sale alcanzado en esa cuenta, y el que sale alcanzado en una cuenta, está obligado a devolver, a la entrega del alcance».

Sin embargo, replica: «Pero debe notarse que ese donatario tiene dos títulos para guardarse el valor, un título que es el de heredero, y otro, el de donatario, y agotado el valor del uno, queda el valor del otro. Para ser alcanzado el legitimario, se precisa demostrar previamente que una vez agotada su vocación hereditaria, caduca o se resuelve su título de donatario, que es precisamente lo que se trata de demostrar. De modo que ese razonamiento no sería más que una petición de principio»... «De cualquier modo, para imponer la devolución del exceso, precisaríamos que se declarara caducada la donación en cuanto a ese exceso, y de esa devolución o de esa caducidad no habla directa ni indirectamente el artículo 1.035, y, por tanto, ese artículo para el caso nada resuelve.»

Esta argumentación de Calderón nos parece sofística. El donatario colacionante no superpone dos títulos para guardarse el valor de la donación. Ni hace falta declarar caducada la donación en el exceso de su valor, respecto al que le corresponda por su cuota en la partición, para que la colación lo alcance. El artículo 1.035 C. c. ordena colacionar al heredero forzoso si concurre a la herencia, y el artículo 1.036 le exime de hacerlo si la re-

(1.221) Pág. 131.

(1.222) Págs. 126 y ss.

podía. Si acepta la herencia, necesariamente se somete a colacionar. Si no quiere colacionar, puede repudiar la herencia. La donación no se revoca en uno ni en otro caso, ni en todo ni el exceso. No hay resolución—como luego confirmaremos—, pero si el donatario acepta la herencia debe ser con todas sus consecuencias, como son las de asumir las obligaciones del causante, cumplir sus disposiciones *mortis causa* y colacionar conforme ordena el artículo 1.035.

Este precepto no limita la colación al montante de la cuota del colacionante, sino que la ordena, sin limitación alguna de valor. Tampoco establece limitaciones el artículo 1.045, pues dispone que se ha de traer a colación el valor que las cosas donadas o dadas en dote tenían al tiempo de su donación o dote. Uno y otro precepto contiene la doctrina fundamental de la colación en el Código civil; los 1.047 y 1.048, en cambio, sólo determinan de qué modos deben preferentemente ser compensados los coherederos cuando sea posible compensarles de dichas maneras.

4.º El precedente de la ley 29 de Toro confirma la interpretación del artículo 1.035 que acabamos de exponer. Recordemos la opción que concedió al heredero forzoso entre traer íntegramente a colación y partición las donaciones causales cuando viniere a heredar, o bien apartarse de la herencia para quedar exento de colacionar y autorizado para imputar lo donado a su legítima, quinto o tercio, reduciéndosele solamente en el exceso que resultare inoficioso.

Morell (1.223) no se olvida de apuntar a favor de su tesis el valor de los antecedentes históricos.

Calderón (1.224) le replica: «Por mi parte, sin negar la exactitud de la cita, afirmo que nada de particular tendría que en el Código se hiciera desaparecer esa obligación, porque dada la naturaleza de la legítima española, aquella obligación era completamente inútil» (*luego veremos por qué la juzga así*). Y, más adelante (1.225), añade: «No hay duda que la base 18 manda copiar el derecho anterior, y que, según el derecho anterior, la devolución debiera tener lugar; pero al lado de lo dispuesto en esa base, había la base en que se admitía como herederos forzosos al cónyuge viudo y a los hijos naturales, y resultaba necesario armonizar lo dispuesto en un precepto con lo dispuesto en otro».

En verdad, el Código civil ha modificado muchas veces el Derecho anterior, a veces de acuerdo con las bases, y en otras, incluso en contra de lo ordenado en ellas. Pero la posibilidad de modificar no equivale a la modificación efectiva. Y ésta no puede presumirse, sino que debe resultar claramente, especialmente cuando la modificación contrariaría las bases.

(1.223) Pág. 131 en relación con las págs. 43 y ss.

(1.224) Pág. 120.

(1.225) Pág. 125.

De las dos razones que, según Calderón, podrían justificar el cambio legislativo, dejamos de momento de lado la primera, para examinarla después. La segunda arranca de la posibilidad—que Calderón acepta—de que el viudo colacione donaciones, de que herederos de grupos distintos colacionen en común y de que colacionen aunque sólo sean meros legitimarios (1.226). Hemos rechazado todas esas posibilidades; por eso carece en absoluto de fuerza para nosotros ese argumento.

5.º Calderón (1.227) arguye que: «Teniendo a la vista el Proyecto de 1851 se adquiere la convicción de que el Código actual suprimió la obligación de devolver el exceso de que se trata, ya que suprimió el equivalente al artículo 891 de dicho Proyecto, en que expresamente se ordenaba aquella devolución». «En efecto —añade—, después de los artículos 888, 889 y 890, equivalentes a los artículos 1.047, 1.048 y 1.049 del actual, aparece el artículo 891, que no se ha trasladado al Código vigente».

He ahí su texto: <Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren del haber del donatario, y éste los hubiere enajenado, los coherederos sólo podrán repetir contra el tercer poseedor, por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario> (1.228).

«Pues bien—concluye Calderón—, ese artículo, que en el Proyecto declara caducada la donación en cuanto al exceso sobre el haber del donatario, ha sido suprimido en el Código vigente, y si ha sido suprimido es porque esa caducidad ha desaparecido. Los redactores de nuestro Código no pudieron suprimir ese artículo por innecesario, dado que suprimido, el único límite que tenían las

(1.226) CALDERÓN desarrolla ese argumento de este modo: «En efecto, si se copiara el derecho anterior en este punto, he ahí lo que resultaría. Fallecido abintestato el *de cuius* que en vida había hecho donaciones a su esposa por contrato de matrimonio, a hijos legítimos y a uno natural, las donaciones a los hijos legítimos se sostendrán, porque se imputarían no sólo a la legítima, sino también a la porción de la parte libre en que fueran herederos abintestato; pero las hechas a la esposa y al hijo natural, se vendrían abajo en cuanto excedieran de la legítima, salvo el caso de que los beneficiados renunciasen a la herencia.»

(1.227) Págs. 127 y ss.

(1.228) Es cierto, como señala MORELL (loc. ult. cit., pág. 130), que al comentar este artículo GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, vol. II, art. 891, pág. 259), confundió la colación del exceso y la reducción por inoficiosidad, como lo demuestra su aseveración de que «podrán repetir los coherederos contra el tercer poseedor en cuanto la donación fué inoficiosa y previa excusión en los bienes del donatario.» Pero, también es verdad, como replicó CALDERÓN (pág. 128), que el artículo comentado no incidió en tal confusión. Con exactitud dice este último autor: «No solo en este artículo se impone con toda claridad el deber de la devolución, sino que no existe la menor confusión con la inoficiosidad de las donaciones, pues si impone la devolución, no es para el caso de inoficiosidad, sino cuando la donación excediera del haber del donatario, que es manifiestamente el caso de colación.»

El Proyecto se ocupaba en el artículo 971 de la reducción de las donaciones inoficiosas. «De ello—como concluye el mismo CALDERÓN—resulta claro como la luz, que no sólo el Proyecto distingue perfectamente la reducción por inoficiosidad de la colación por exceso en el haber del donatario, sino que trata de ellas en artículos diferentes y cada una en su lugar adecuado.»

donaciones hechas a legitimarios, sería la inoficiosidad declarada en los artículos 819 y 820.»

Notemos, no obstante, que la norma del artículo 891 del Proyecto de 1851 no estaba orientada a disponer la colación o devolución a los coherederos del exceso de lo donado con respecto al haber del donatario. No lo ordenaba, sino que lo presuponía. Es decir, lo daba por supuesto. La volición del proyectado precepto se concretaba a disponer la repetición contra el tercer poseedor en cuanto al montante de dicho exceso, y la limitaba al ordenar la previa excusión de los bienes del donatario.

Por eso, la no inclusión en el Código civil de un precepto correspondiente al 891 del Proyecto de 1851, no puede significar la derogación de un principio que no formaba parte de su puro contenido volitivo, sino que constituía un presupuesto sobre el cual se formulaba aquél.

Si la devolución del exceso correspondía a un criterio vigente con respecto a la colación en Derecho castellano, en cambio, la repetición de los coherederos contra tercer adquirente, era un injerto francés, claramente incompatible con la configuración romanista de la colación que dominaba en toda España. Por ello, ha sido lógica la derogación de este precepto, que resultaba, además, en contradicción con el criterio del artículo 38, número 1, de la Ley Hipotecaria, vigente desde años antes de promulgarse el Código civil. Ya que desbordaba la eficacia secularmente limitada al ámbito personal, *inter partes*, es decir, entre aquellos coherederos que eran sujetos activos y pasivos de la colación. A su derogación no puede dársele, en consecuencia, más trascendencia que la expresada abrogación de su contenido normativo, pero no la de su presupuesto, recogido como un principio reconocido en el sistema.

6.º Como antes dijimos, como una razón explicativa de la pretendida derogación del Derecho histórico en esta materia, señalaba Calderón Neira el hecho de parecerle perfectamente inútil que se considerara colacionable y restituible el exceso, si el donatario, conforme al artículo 1.036, puede soslayar su colación y restitución, repudiando la herencia. Por ello, estimó (1.229) «prácticamente inútil el precepto que disponga la devolución del exceso, porque al lado de la orden del legislador, abre éste un portillo por donde se elude perfectamente el precepto legal». Además, sostiene que un precepto así: «impulsará al hijo a renunciar a la herencia de su padre, y se prestará a que el hijo colacionante incida en el error de aceptar la herencia, creyéndola más considerable de lo que realmente fuera, apareciendo luego una obligación con la que no había contado». «En resumen—concreta Calderón—; ese precepto es inútil en la práctica; conduce a actos poco respetuosos para la memoria del difunto, y, además, es peligroso. En condiciones tales, la solución indicada es suprimirlo. Claro que

(1.229) Págs. 124 y ss.

esto no demuestra que el Código lo haya suprimido realmente ; pero sí demuestra que los precedentes históricos son de poca valía en este punto, ya que se trata de un precepto injustificable, dada la naturaleza de la legítima».

Esa crítica, formulada por Calderón, debe analizarse desde dos puntos de vista. El de examinar el sentido que puede darse a la conservación de la norma recogida en el artículo 1.036, que dispensa de colacionar al que repudia la herencia. Y el de ponderar las diatribas de Calderón, vistas desde el terreno constituyente.

En el primer aspecto, debemos observar que el artículo 1.036, al dispensar de colacionar al donatario que repudie la herencia, sigue la tradición romanista, que le concedía la opción de heredar y colacionar totalmente o de abstenerse y conservar la donación en cuanto no fuera inoficiosa. Es la misma alternativa que recogió la ley 29 de Toro. Además, la conservación de la norma del 1.036, respecto al repudiante, sólo tiene razón de ser si se parte de que la colación alcanza lo donado en su totalidad. Especialmente bajo el régimen de nuestro Código civil, en el cual la colación en valor ha desplazado la colación material, resultaría totalmente ocioso facultar al donatario para eximirse de la colación mediante la repudiación si no hubiese lugar, en ningún caso, a la devolución del exceso no inoficioso de lo donado sobre la cuota del colacionante. ¿Para qué puede servir esa posibilidad de repudiar la herencia y no colacionar si no es para liberarse de la restitución de ese exceso ?

La conservación en el artículo 1.036 de esa norma se resuelve, por lo tanto, contra el argumento del propio Calderón. Por el contrario, confirma la tesis por él combatida.

La regla del artículo 1.036, que examinamos, es una consecuencia rigurosamente lógica y ortodoxamente dogmática del encuentro de dos principios fundamentales: el de la correlación entre la aceptación de la herencia y la colación por el heredero forzoso y el de la irrevocabilidad de las donaciones perfectas y consumadas. Quien acepta puramente una herencia, la acepta con todas sus consecuencias, entre ellas la de someterse íntegramente a la colación. En cambio, como las donaciones perfectas son irrevocables e irreducibles, fuera de los casos expresamente previstos por la ley, el donatario que por no aceptar la herencia del donante no se somete a la colación, no puede sufrir reducción alguna de lo que le fué donado en cuanto no resulte inoficioso.

El fundamento de la colación se halla en la presunción, que la ley acepta, salvo expresión contraria del causante, de que éste quiere que sea repartida por los herederos forzosos, en proporción a sus respectivas cuotas, la masa formada con la acumulación al haber relicto líquido del valor que lo donado representaba en su día, deducido lo dejado a herederos no forzosos, lo legado, y no incluidas las donaciones no colacionables. El heredero forzoso que acepte la herencia se somete necesariamente a la colación, como

el heredero gravado con un legado de cosa propia queda sometido a cumplirlo si acepta la herencia.

En cambio, la exención del deber de colacionar al donatario que repudia la herencia del donante, es una consecuencia evidente de la irrevocabilidad de las donaciones, fuera de los supuestos legalmente previstos. Estas se hallan a salvo de todo ulterior cambio de voluntad del donante, a no ser que el donatario se someta a ella aceptando la herencia (1.230).

Desde el punto de vista constituyente nos parece exagerada la crítica formulada por Calderón contra la efectiva colación del exceso. La afirmación de que el deber que discutimos pueda dar lugar a actos poco respetuosos para la memoria de causante, nos parece totalmente carente de valor a los efectos de ponderar la conveniencia de mantenerlo. Lo mismo podría decirse de la sucesión en las obligaciones del causante o del deber de cumplir sus legados. Equivale a argumentar a favor de la eliminación de los deberes para evitar la desobediencia, la inhibición o la protesta.

Tampoco nos parece válido objetar la posibilidad de que el heredero se equivoque en sus cálculos. Lo mismo podría decirse con respecto a su responsabilidad ilimitada por las deudas del causante. Precisamente esa incertidumbre tiene remedio con la aceptación a beneficio de inventario y con el derecho a deliberar. El donatario puede prudentemente contentarse con lo que ya tiene, es decir, con su donación repudiando la herencia; también puede aceptar los trámites y molestias del beneficio de inventario para evitar peligrosas sorpresas. Pero si quiere heredar sin someterse a tales trámites es lógico que quede total e íntegramente sometido a la colación que debe y de la que no se le dispensó.

Aceptado que el exceso de lo colacionado tiene que restituirse a los coherederos forzosos, debe resolverse en qué forma ha de verificarse dicha compensación. Manresa (1.231) estimó que dicho reintegro o devolución a la herencia no debe hacerse en las mismas cosas donadas, sino en su valor o equivalencia. Oyuelos (1.232)

(1.230) ¿Sigue sometido a colacionar el exceso el heredero forzoso que acepta a beneficio de inventario? Como vimos, la cuestión ha sido discutida con relación al Derecho romano. En el Código civil, el número 1 del artículo 1.023, puede servir de apoyo para entender que el aceptante, a beneficio de inventario, no está obligado a devolver el exceso no inoficioso que respecto su cuota hereditaria represente lo donado. Si, como hemos visto, el deber de colación es una carga de la herencia, que la ley impone atendiendo a la que presume ser voluntad del causante, como tal carga debe entenderse comprendida en el expresado precepto. Según éste: <El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcanzan los bienes de la misma.>

(1.231) Op. y vol. últ. cit., art. 1.047, pág. 597.

(1.232) Op. y vol. cit., art. 1.047, núm. 16 f., pág. 354. A su juicio, «este (es decir, la disposición del 1.047), presupone, como ya queda dicho en el artículo 1.045, la existencia de bienes en la herencia para la compensación a los herederos no favorecidos, pues caso de no quedar más bienes que el constitutivo o los constitutivos de la dote o de la donación, éste o estos integrarán la masa hereditaria para su justa partición.»

opinó que la restitución debía verificarse *in natura* con los mismos bienes donados. Y (Morell (1.233), vacilante, dice que la colación del exceso se hará materialmente o entregando en metálico la diferencia a los coherederos. A su juicio, «por lo menos a favor de éstos nacerá un crédito contra el donatario hasta el complemento de su porción».

La solución de este problema ha de hallarse necesariamente en función al sistema de colación de valor, no de bienes, adoptado en el artículo 1.045 del Código civil. Por ello parece que la colación del exceso debe hacerse en metálico.

De igual modo, es decir, en metálico, entendemos que deben ser compensados los coherederos cuando los bienes a colacionar sean muebles y no haya suficientes bienes muebles en la herencia para tal compensación. Atendiendo a lo dispuesto en el § 2.º del artículo 1.048, creemos que en este caso los coherederos no pueden exigir su compensación en inmuebles de la herencia. Y que únicamente podrán pedir la venta en pública subasta de dichos inmuebles, para ser compensados en el valor correspondiente a los bienes muebles a colacionar por el donatario coheredero, si para ello no hay suficientes muebles en la herencia y en el solo caso de que el obligado a colacionar no les compense voluntariamente en dinero. Todo ello sin perjuicio de que todos los herederos, de común acuerdo, puedan resolver de modo distinto la compensación debida a los coherederos forzosos del colacionante.

E) *Efectos secundarios de la colación entre los coherederos.*

El efecto principal de la colación se concreta en su realización de los modos que acabamos de ver. Pero, además de ese efecto, produce algunos más de carácter complementario. También se discute si su eficacia puede jugar a favor de los coherederos extraños, de los legatarios parciales y de los acreedores de la herencia, y si puede repercutir en contra de los adquirentes de los bienes donados.

Entre los sujetos activos y pasivos de la colación, clásicamente, cuando eran objeto material de la colación los mismos bienes donados, se derivaban dos consecuencias: la relativa a la detracción de impensas y mejoras y al abono de deterioros o pérdidas culposos y la relativa a la percepción de frutos.

a) Hoy en el Código civil, con el sistema adoptado de colación del valor que lo donado tenía el día de la donación, ha quedado eliminada la primera de estas consecuencias. Como dice el § 2.º del artículo 1.045: «El aumento o deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario». El valor se fija en el día de la donación, y no hay, por lo tanto, que sumar ni restar nada por razón de aumentos ni de deterioros. Sin perjuicio, como antes hemos conveni-

(1.233) *Colacion especial*. *loc. cit.*, pág. 132.

do, de la aplicación del porcentaje corrector de la desvalorización de la moneda sufrida durante el tiempo transcurrido, en su caso, para que sea igual la medida con que se determina el valor en ambas fechas.

b) Sin embargo, pese al cambio del sistema de la colación de bienes por el de la colación de valor, el artículo 1.050 dispone que: <Los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa hereditaria, sino desde el día en que se abre la sucesión. Para regularlos se atenderá a las rentas e intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados.> Es decir, que en lugar de hacer devengar interés legal al valor a colacionar, exige el Código civil, como si se colacionasen los bienes y no su valor, la colación de los frutos e intereses devengados por los propios bienes donados desde el día en que se abra la sucesión.

Lo notable es que para su fijación no se atiende a los producidos desde dicha fecha, ni siquiera a los *percipiendi*, sino que se regula por los producidos por los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados. Pero ¿si no los hay de igual especie, cómo se regularán los frutos a colacionar? El artículo 1.049 resulta incompleto, como lo son el 1.047 y el 1.048. Para resolver lo que en él se deja sin solucionar, a falta de término de comparación, creemos que los frutos e intereses a colacionar, en este caso, serán los mismos producidos por los bienes colacionables. Lo dispuesto en el artículo 1.063—íntimamente relacionado con el 1.049, como observan Manresa (1.234) y Scaevola (1.235)—abona esta solución, aplicable por analogía a este supuesto no previsto en el 1.049. Al mismo resultado se llegaría aplicando la doctrina del artículo 1.095, en la que Scaevola halla el fundamento del 1.049.

Como dicen Manresa (1.236) y Sánchez Román (1.237), los frutos pendientes al donar pertenecen al donatario y los pendientes al abrirse la sucesión se agregan a la herencia, como resulta del artículo 472. Sin perjuicio de que, como observa Sánchez Román, en el segundo caso, por aplicación del 452, el colacionante tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos ordinarios de cultivo y simientes y otros semejantes hechos para su producción, y, además, a la parte del producto líquido proporcional al tiempo de su posesión, restando de aquel reintegro de gastos la parte proporcional correspondiente.

F) *Ambito de eficacia de los beneficios de la colación.*

Al tratar de los sujetos de la colación hemos determinado

(1.234) Op. y vol. últ. cits., art. 1.049, pág. 598.

(1.235) Op. y vol. últ. cits., art. 1.049, págs. 214 y ss.

(1.236) Loc. últ. cit., págs. 598 y ss.

(1.237) Op. cit. vol. VI-III, pág. 2056.

quiénes pueden beneficiarse con ella. Sin embargo, conviene añadir alguna observación.

Con anterioridad al Código civil—como hemos visto al estudiar la ley 25 de Toro (1.238)—la opinión preponderante entre los clásicos castellanos estimaba que los bienes colacionados no integraban la masa de extracción, ni la masa de cálculo de las mejoras de quinto y de tercio, a no ser que con respecto a su masa de cálculo resultara ser otra la voluntad del causante.

Después del Código—como también hemos expuesto (1.239)—no existe una presunción legal, como la de la ley 25, contraria a que las donaciones colacionables y las no colacionables integren la masa de cálculo de las disposiciones testamentarias de cuota de los tercios de mejora y de libre disposición. La voluntad del causante debe decidirlo, interpretada según el tenor de su testamento.

En cambio, no ofrece la menor duda que las donaciones colacionables no forman nunca parte de la masa de extracción de las mejoras, de los legados parciarios, ni de las disposiciones a favor de extraños, aunque se hagan a título de herencia. Tan sólo pueden integrar la masa de extracción del usufructo del cónyuge viudo, pero no a consecuencia de la colación, sino del derecho legitimario del viudo.

Los acreedores de la herencia tampoco pueden beneficiarse de la colación. El fin, de ésta queda concretado a regular la distribución de los bienes entre los herederos forzosos en proporción a sus respectivas cuotas. La satisfacción de los acreedores hereditarios queda fuera del ámbito de la colación. Esta no tiene por objeto aumentar los derechos de los acreedores más allá de lo que determinan los artículos 642 y 643 del Código civil. Ahora bien, verificada la colación y la partición, los herederos responderán de las deudas del causante ilimitada y solidariamente con todos sus bienes, si no aceptaron la herencia a beneficio de inventario. De aceptar con dicho beneficio sólo responderán hasta donde alcance su *porción hereditaria* (conforme el mismo artículo 1.184), en la que no deben entenderse comprendidos los bienes colacionados (1.240). Razón de ello no sólo es lo dicho en los citados artículos 642 y 643, sino lo dispuesto en el artículo 1.023, que limita la responsabilidad del aceptante a beneficio de inventario a lo que alcancen los bienes de la herencia, con los que no se confunden los colacionados. Además, lo confirma el modo de colacionar que consiste en agregar *contablemente* a la masa hereditaria y tomar de ella de menos el valor de esos bienes, que si no entran en ella no pueden confundirse con ella.

Los acreedores de los coherederos forzosos del colacionante

(1.238) III parte, § 5.º, A. en An. Dr. Civ., VII-4.º, págs. 1033 y ss.

(1.239) III, § 11, A. en nuestras conclusiones.

(1.240) Así ha opinado CALDERÓN NEIRA, loc. cit., págs. 134 y ss.

podrán resultar beneficiados con la colación, ya que ésta incrementará el patrimonio de su deudor, con el que éste debe responder de sus deudas, conforme el artículo 1.911 del Código civil. Incluso, como dice Lacruz Berdejo (1.241), podrán pedir la colación en los términos del artículo 1.001 del Código civil, si no pueden cobrar de otra manera sus créditos.

G) *Inejicacia de la colación contra terceros adquirentes.*

El derecho de los herederos forzosos contra sus demás coherederos forzosos, cuando éstos deban colacionar, no pasa de ser un derecho de predetracción, en cuanto sea posible, y un simple crédito, en cuanto al exceso. No cabe repercusión contra los terceros adquirentes de los bienes donados. No la hubo en el Derecho anterior al Código civil. Y, a mayor abundamiento, éste centra la colación en el valor de los bienes donados y no a éstos mismos bienes (1.242). Tampoco ha recogido la norma del artículo 891 del Proyecto de 1851, sin antecedentes españoles, que había sido tomado del Código de Napoleón.

Todo ello confirma que la colación en el Código civil no tiene eficacia contra los terceros adquirentes del bien que fué donado a un heredero forzoso sin dispensar su colación.

H) *Naturaleza jurídica de la colación en el Código civil.*

Contrariamente a lo que usualmente se estilaba, tratándose de la naturaleza jurídica de la institución, que se estudia al iniciar su examen, nos ocuparemos de la naturaleza jurídica de la colación al finalizar su estudio, después de examinar su estructura, su funcionamiento y sus efectos.

Lo hacemos así porque, como reiteradamente hemos repetido, rechazamos el método dogmático de inversión. No creemos que de la naturaleza jurídica de una institución puedan deducirse consecuencias. Al contrario, creemos que la determinación de la naturaleza jurídica sólo tiene el valor de ordenar científicamente las instituciones, clasificarlas, como se ordenan y agrupan las fichas de los libros en una biblioteca o como se clasifican en Historia natural las especies minerales, vegetales y animales.

Puede servir esta determinación dogmática para aclarar ideas y para ver sintéticamente el perfil de una institución—por esto nos interesa—. Pero para nada más. Y, por eso, sólo después de conocida la colación y todos sus efectos podremos clasificarla jurídicamente y determinar su naturaleza jurídica. Con ese fin de facilitar su clasificación, para tomar puntos de referencia, nos hemos preocupado antes de examinar las posiciones adoptadas por las legislaciones y autores extranjeros.

(1.241) Notas y § últ. cit. pág. 260.

(1.242) MARÍN MONROY, op. y loc. cit., pág. 230, explica por qué razón, a su juicio, la Ley Hipotecaria no se preocupó de la colación.

Vamos ahora a realizar la misma labor con relación al régimen del Código civil español.

Al repasar el Derecho comparado examinamos diversas respuestas formuladas en varias cuestiones que nos interesa contestar con arreglo a nuestro Derecho positivo vigente. Son éstas, en síntesis:

a) ¿La colación supone la resolución de la donación?, ¿sólo se concreta en una obligación del heredero de restituir a la masa? o ¿únicamente significa una agregación contable puramente ideal de un valor para determinar el montante efectivo del haber de cada coheredero forzoso?

b) Lo colacionado ¿revierte a la herencia o sólo ingresa en la masa partible formando una masa adicional distinta de la propiamente hereditaria?

c) La atribución complementaria a los coherederos verificada en la partición ¿se realiza a título de heredero o a título singular como un legado *ex lege*?

d) ¿Cuál es la naturaleza de la colación por imputación?

Para ordenar debidamente las ideas debemos observar a cámara lenta la mecánica de la colación descomponiéndola en su doble movimiento de flujo y reflujo desde el patrimonio del donatario a la masa partible y de ésta al haber de los coherederos.

Para Núñez Lagos (1.243) la colación produce dos desplazamientos patrimoniales de valor, en opuestas direcciones: «a) Una centrípeta, desde el patrimonio del donatario o a la masa hereditaria. b) Otra, centrífuga, desde la masa hereditaria a los coherederos.» El primero, a enjugar con el *tantum minus accipere*. El segundo, concretado en un crédito de valor a favor de los coherederos, que se hace efectivo detrayendo de la masa el *tantumdem*, percibiéndolo en metálico, o mediante una *insoluturación* o cesión en pago forzoso de valores cotizables o de otros bienes muebles.

Seguramente Núñez Lagos, al hablar y explicar ese doble desplazamiento, se preocupa únicamente de dar una visión sintética, clara y elemental del fenómeno. Pero ese esquema funcional debe precisarse y desarrollarse. Vamos a intentarlo.

a) *Naturaleza—real, crediticia o puramente contable—del desplazamiento producido desde el patrimonio del donatario colacionante a la masa partible.*

a) Ese primer desplazamiento puede ofrecer dos aspectos: uno puramente contable y otro económico-jurídico.

El desplazamiento contable se reduce al cómputo del valor de lo donado a colacionar como una partida del haber para agregarlo

(1.243) Loc. últ. cit., págs. 725 y ss.

al valor de la partida base, es decir, de la parte del caudal hereditario a distribuir entre los herederos forzosos.

El desplazamiento económico-jurídico no es en el Código civil de naturaleza reversional. Las donaciones en nuestro Derecho no se resuelven ni revocan en virtud de la colación. Tampoco creemos que sea crediticio. Crédito al que correspondería una obligación del colacionante, que si anteriormente consistía una deuda de aportar la cosa donada, hoy sería una deuda de valor. De ese modo opinó Calderón Neira (1.244) que, desde cuando se causa la sucesión, el donatario debe un valor, una cantidad, bajo la condición suspensiva de que acepte la herencia del donante.

Lacruz Berdejo (1.245) ha negado ese desplazamiento económico-jurídico. A su juicio, no cabe hablar de obligación del donatario, ya que, según estima, «el donatario nada tiene que prestar, ni omitir, y si sólo está sujeto a la imputación de lo donado a su hijuela».

Con ello viene a reducir a su aspecto puramente contable el desplazamiento de que nos ocupamos. Desplazamiento contable que se enjugará en la partición con la imputación de ese valor contabilizado, traspasándolo a la hijuela correspondiente al propio donatario. Así, éste tomará de menos en bienes hereditarios el importe correspondiente a aquella partida, que sólo contablemente se computó en la masa, pero que jurídica y económicamente no salió de su patrimonio, real ni crediticiamente.

La tesis de Lacruz Berdejo no puede ser íntegramente aceptada, si se estima, como hemos admitido, que en la colación se incluye incluso la restitución de lo donado en su exceso con respecto a la cuota del donatario colacionante. Pero, aun con este criterio, puede ser admitida si únicamente se aplica a la primera fase (que es la que ahora examinamos) de la operación de colacionar. Es decir, si sólo se afirma que en ella no se produce ningún desplazamiento económico-jurídico (es decir, que no da lugar a transmisión reversional, ni el nacimiento de un crédito), sino que se verifica una operación meramente contable. Operación consistente en agregar una partida de valor a la cuenta de cuyo total debe deducirse el haber del colacionante, y luego contabilizar en ese mismo haber del colacionante, en cuanto en el mismo quepa, pero sin prescindir definitivamente del exceso que arroje la partida a contabilizar con respecto al haber que corresponda al colacionante.

Ahora bien, el montante de ese exceso, con respecto de la cuenta del colacionante, que represente la partida agregada contablemente, debe traspasarse al haber o a los haberes de otro u otros coherederos. Y dicho traspaso contable dará lugar, al realizarse la partición, al nacimiento de una obligación del colacionante a favor de los

(1.244) Loc. cit., pág. 127.

(1.245) Loc. ult. cit., pág. 201.

coherederos, que deban ser compensados, a que se les nivele el desequilibrio deficitario de su haber real con relación al activo que contablemente les corresponde. Se trata de una obligación, clasificable entre las denominadas cuasi contractuales, que nace con la aceptación de la herencia por el donatario, y que se concreta cuantitativamente y determina en cuanto a su sujeto o sujetos acreedores en el momento de la partición.

é) Con esta interpretación queda explicado, de pasada, cómo el valor colacionado no ingresa en la masa hereditaria, sino que sólo se contabiliza junto a ella en la masa particional.

Notemos que entre nuestros clásicos se insinúan en esta segunda cuestión las dos posiciones que—como hemos repasado—son actualmente discutidas en Italia por Cicu, de una parte, y Andreoli, de otra. Antonio Gómez (1.246), después de exponer la posibilidad de apoyar en varios textos romanos la opinión de que los bienes colacionados se entiendan comprendidos en la herencia (1.247), la rechazó de plano en vista de lo dispuesto en la ley 25 de Toro (1.248). Matienzo (1.249), en cambio, entendió que los bienes colacionados se consideraban como hereditarios al único efecto de su distribución entre los herederos forzosos.

Calderón Neira (1.250) ha explicado que: «Realmente, cuando existen bienes colacionables, hay en una herencia *dos comunidades de bienes*. Una formada por la herencia en general (deducida la totalidad de los bienes donados que no están en ella), y en la que son condueños los herederos legitimarios o extraños en la proporción en que el heredero los haya instituido... Además de esa comunidad, y suponiendo que a uno de esos legitimarios el difunto le haya hecho donaciones colacionables, hay otra entre los herederos forzosos, en cuanto a los colacionables...» De ello infiere que incurren en impropiedad los tratadistas y los Códigos que hablan de colacionar a la *masa hereditaria*. A su juicio: «No es exacto; eso es una impropiedad de lenguaje. Si la colación se hiciera a la masa, tendría que aprovechar a los acreedores, a los legatarios y a los herederos extraños, y sería inexplicable que la colación sólo proceda si hay varios herederos legitimarios.»

Nosotros llegamos a más. Entendemos que ni siquiera es exacto, en el régimen del Código civil, que junto a la masa propiamente hereditaria se forme con la colación otra comunidad entre los herederos forzosos sobre los bienes colacionados. Como hemos

(1.246) *Ad leges Tauri...*, Lex XXV, 1, págs. 171 y ss.

(1.247) He ahí la duda: «et ratio dubitandi poterat esse et quidem máxima: quia postquam res et bona patris vel matris conferuntur, est perinde acsi nunquam exirent patrimonium et substantiam eorum et efficiuntur haereditaria, sicut bona haereditaria.»

(1.248) «Sed nostra lex decidit contrarium, et ratio fundamentalis decidendi est, quia postquam pater vel mater dotavit vel donavit, iam exit de patrimonio eius, et acquisitum fuit filio vel filiae recipienti.»

(1.249) *Op. cit.*, lib. 5, tit. 6, Lex IX (25 Toro), Gl. I, núm. 4, fol. 156.

(1.250) *loc. cit.*, págs. 140 y ss.

dicho antes, en esa primera fase de la colación sólo se produce un desplazamiento contable, por el que se contabiliza el valor que en su día tenían los bienes donados, a fin de que sea tenido en cuenta al liquidar la herencia para determinar el montante de cada cuota y fijar luego su contenido.

b) *Naturaleza de las operaciones verificadas en segundo momento de la colación.*

Es evidente que la naturaleza del desplazamiento de valor producido en el primer momento de la colación ha de repercutir decisivamente en la caracterización de su segunda fase.

En los sistemas en los cuales en la primera fase de la colación se produce un desplazamiento patrimonial económico-jurídico, en el segundo momento la toma de menos equivaldría a la adjudicación de lo colacionado a la misma cuota del colacionante—si el efecto del primer desplazamiento fué real—o a la compensación del derecho hereditario del colacionante con su deuda para con la masa en razón de la colación—si el desplazamiento fué crediticio—. Y las correlativas atribuciones a los coherederos podrán ser un verdadero pago o una adjudicación en pago —si el primer desplazamiento fué crediticio— o bien efecto de la división de la masa común— si aquél desplazamiento fué real (resolutorio).

Ahora bien, hemos aceptado que en la fase primera de la colación, conforme el régimen del Código civil, no se produce desplazamiento alguno económico-jurídico, sino sólo la agregación puramente contable de unas partidas de valor con el fin de calcular la cuota particional de cada coheredero forzoso. Sobre esta base, ¿cuál es la naturaleza de las operaciones comprendidas en el segundo momento de la colación?

Una adecuada respuesta exige examinar los tres ángulos visuales que esa segunda fase ofrece. Son: el de la toma de menos por el colacionante; el de la adjudicación compensatoria a los demás coherederos, y finalmente, en su caso, el del abono por aquél a éstos del saldo desfavorable de su partida a colacionar con respecto al montante de su cuota particional.

a) *La toma de menos por el colacionante* sólo significa, a juicio nuestro, la asignación a su propia cuenta de la partida contable correspondiente al valor a colacionar por el mismo. Con ello se produce una compensación contable, que se traduce jurídicamente en el resultado de que el colacionante conserve la cosa donada, sin que ésta, a pesar de la colación, haya sufrido desplazamiento económico alguno, ni real ni acrediticio (1.251). No llega

(1.251) Este sentido debe darse a la declaración de ROCA SASTRE (notas y vol. últ. cit., § 88, VII, pág. 60), cuando dice que el sistema de colacionar del Código civil es el de *deducción* o *imputación* del valor previamente *computado* para la formación de las cuotas hereditarias. (Claro que esa afirmación de ROCA sólo la estimamos parcialmente exacta, es decir, en cuanto a la parte de valor colacionable que no excede de la cuota correspondiente al colacionante.)

a haber, pues, desplazamiento real devolutivo al colacionante, ni compensación de crédito y débito concurrentes en el mismo, por que no hubo previo desplazamiento económico a la masa, real ni crediticio (1.252).

β) *La llamada adjudicación compensatoria*, consiste en la adjudicación a los coherederos de bienes hereditarios equivalentes o proporcionales al valor de los donados al colacionante, de su misma especie y calidad, o de valores cotizables o metálico (conforme los arts. 1.047 y 1.048 C. c.).

No supone pago, ni adjudicación en pago de deudas. En primer lugar, por la razón antes expuesta al tratar de la toma de menos. Además, por que si esta toma de menos enjugase una deuda del colacionante, se habría extinguido el correlativo crédito. Por lo tanto, no habría lugar a su pago.

Como ha dicho Lacruz Berdejo (1.253), los coherederos forzosos del colacionante «tienen una pretensión a que, al dividir la masa —aumentada con el valor colacionable—, se asignen en sus cuotas determinados bienes (arts. 1.047 y 1.048). Como esta pretensión de los coherederos no supone un derecho de crédito, la atribución que se les hace no es un pago, ni tampoco el ejercicio de un derecho de predetracción, sino una parte de las operaciones divisionarias; la aplicación del artículo 1.061, referente a la formación de cuotas, en un caso particular».

γ) Ahora bien, hemos dicho antes, que el saldo contable adverso al colacionante daba lugar al nacimiento de una deuda de éste, con el correlativo crédito de sus coherederos forzosos (1.254), que tiene su origen cuasi contractual —podríamos decir— en la aceptación pura de la herencia por el colacionante, y su determinación y concreción cuantitativa y la individualización de sus sujetos activos en la partición. Respecto de esa deuda, el *abono de la diferencia o restitución del exceso*, se traduce jurídicamente como un pago. También hemos visto antes, que esa deuda es dineraria o de valor, no específica de la cosa que fué donada.

Queda sólo una cuestión por precisar. El valor colacionado, ni los correspondientes bienes, no entran a formar parte de la masa hereditaria, propiamente dicha, sino que sin confundirse se le agregan contablemente. ¿Puede deducirse de ello, ya que el valor correspondiente colacionado carece de carácter hereditario, que el

(1.252.) El juego puramente contable de la colación en el periodo comprendido desde la apertura de la sucesión hasta concretarse en la partición en una imputación también contable a la cuota del colacionante y en su exceso en una deuda, derivada de la fijación del saldo adverso al colacionante, nos recuerda en su mecánica la explicación que del contrato de cuenta corriente ofrece GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II-1.º, § 22, IV, págs. 111 y ss.

(1.253) Loc. últ. cit. Únicamente discrepamos de LACRUZ, en cuanto opina en esa pretensión se agotan los derechos de los coherederos, sin dar lugar nunca a pretensión alguna por el exceso que lo donado alcance con respecto a la cuota del colacionante (posición contraria a la que hemos aceptado en este punto).

(1.254) Ver MORELL, op. últ. cit., pág. 132.

plusvalor de la cuota de los coherederos no se recibe a título de herencia, y menos aún la restitución del exceso? Para Andreoli, según hemos visto, estas últimas asignaciones sólo significan un legado *ex lege* que grava al heredero donatario a favor de sus coherederos legales.

Calderón Neira (1.255), al examinar la posición del donatario colacionante, dice que: «realmente el título de herencia recae sobre el valor de las cosas donadas, y el título de donación sobre los objetos donados, aunque la colación transforma forzosamente el título de donación. En efecto, el legitimario, toma de menos en la masa hereditaria el valor de las cosas donadas, y desde ese momento las cosas donadas le cuestan su dinero al legitimario, o sea lo que toma de menos. Por tanto, su título de donación se transforma, se convierte en una adjudicación en pago que le da derecho al saneamiento en caso de evicción. Para ser exactos debiéramos decir que en caso de colación el legitimario reúne dos títulos, uno el de heredero en cuanto al valor de las cosas donadas, y otro el de adjudicatario en pago de crédito en cuanto a las cosas mismas» (1.256).

Creemos inexacta esa afirmación. Si realmente fuera cierta se confundirían en la adquisición hereditaria lo colacionado y lo relicto, aunque tal confusión no se hubiera operado en la primera fase de la colación y aunque el donatario aceptara la herencia a beneficio de inventario. La colación beneficiaría a los acreedores de la herencia, en contra de lo que admite el propio Calderón Neira (1.257).

Nuestra opinión se concreta en las tres proposiciones siguientes:

1) La colación no involucra el título hereditario del colacionante con el de donatario, sino que sólo produce un reajuste del importe de los bienes relictos que deben atribuirse en el primer concepto a cada coheredero para mantener la proporcionalidad de la institución entre lo adquirido a título lucrativo por los herederos forzosos. Por ello, estimamos hereditario —y no como un mero legado *ex lege*— la adjudicación de bienes relictos hecha a los coherederos del colacionante en cuanto al aumento de valor de su cuota producido con la colación.

2) En cambio, no creemos que lo sea la diferencia que el colacionante deba devolverles —atribución accesoria que no se puede confundir con la propiamente hereditaria—, ya que corresponde

(1.255) Loc. cit., pag. 137, nota 1.

(1.256) No creemos que nazca para el colacionante con la partición derecho al saneamiento o a la evicción propiamente de lo donado. Se tratará en todo caso de un supuesto de rectificación del montante correspondiente al colacionante en el haber partible, debido a esfumarse el valor colacionado, por causa anterior a la donación, tenido en cuenta como base en la partición. Sólo por analogía pueda sostenerse la aplicación de los artículos 1.069 y ss.

(1.257) Págs. 140 y ss.

a la devolución parcial de un valor que salió del patrimonio del donante el día de la donación. Puede calificarse sin dificultad como un legado, legalmente presunto (por presunción legal de la intención del causante), de cosa del heredero colacionante a cuyo cargo se impone a favor de sus coherederos forzosos. Por ello, si el coheredero que reciba dicha devolución, correspondiente al exceso de lo donado y colacionado respecto la vocación del colacionante, acepta la herencia a beneficio de inventario, los acreedores de la herencia no podrán dirigirse contra el montante de esa restitución fuera de los supuestos previstos en los artículos 642 y 643 del Código civil.

§ 15. Posición del legitimario donatario instituido heredero, o que lo sea ab intestato.

Después del examen, previo e imprescindible, de la computación para cálculo de las legítimas, la imputación de las donaciones, su reducción por inoficiosidad y de la colación propiamente dicha, podemos volver a enhebrar el hilo de nuestro estudio principal allí donde lo dejamos en el § 1.º de esta III Parte. Ese trabajo previo realizado nos brinda virtualmente resueltas casi todas las cuestiones, que ya tan sólo tendremos que ordenar.

El legitimario puede haber recibido donaciones en vida del causante. Este es el supuesto general, que puede desdoblarse sucesivamente del modo siguiente:

1.º *El legitimario donatario no ha sido mencionado en el testamento del causante.*—Es la hipótesis contemplada en el § 1.º de esta III Parte. Caso viciado de preterición que anulara la institución (1.258).

2.º *El legitimario donatario no ha sido preterido, pero el causante no lo ha designado entre sus herederos, expresando o no que en vida ya recibió su legítima a través de la donación o donaciones que le otorgó.*—Su posibilidad la comprobamos en el mismo § 1.º, y queda por ver la posición que en su caso corresponde al legitimario donatario. Cabe en este supuesto que el causante además le haya favorecido o no con algún legado.

3.º *El legitimario donatario ha sido instituido heredero, sea en su legítima, estricta o amplia, o en una cuota mayor.*—Hipótesis en la que debe subdistinguirse: según acepte o repudie la herencia; atendiendo a que el causante le haya excusado o no de colacionar lo donado; según haya asignado o no a la donación carácter de mejora; y a si lo donado a colacionar cubra totalmente o sólo en parte la cuota del donatario.

Ahora vamos a examinar los supuestos de esta tercera hipótesis, que se presentan cuando el legitimario donatario instituido heredero aceptó la herencia y no fué excusado del deber de colacionar. Concretamente, nos interesa situarnos ante el supuesto extremo

de que el legitimario instituido heredero tenga agotada su correspondiente participación con las donaciones que deba colacionar.

Ante este supuesto, se nos presentan antitéticas las posiciones de Ortega Pardo y de Roca Sastre.

Según Ortega Pardo (1.259) el legitimario no pierde la cualidad de heredero forzoso en el caso de que se le haya pagado la legítima por medio de liberalidades inter vivos. A su juicio, mediante la colación, lo donado viene a integrar la cuota hereditaria forzosa del legitimario donatario cuando el *de cuius* muera. En este, como en cualquier otro caso, entiende que el legitimario conserva su cualidad de heredero. «Tales bienes vienen a integrarse después de su muerte para formar la cuota legal que el Ordenamiento atribuye imperativamente a los herederos forzosos.» «El título por el que se recibe es el de heredero; el valor de lo recibido viene a constituir una cuota, que en el Ordenamiento se señala de modo taxativo.»

Para Roca Sastre (1.260): «Cuando el testador instituye heredero a un legitimario con la imposición de que debe contentarse con la liberalidad o liberalidades que le otorgó en vida, en rigor no se produce propiamente una institución de heredero, pues ésta exige atribución de cuota, como lo demuestra el artículo 768.»

Sinceramente creemos que la solución verdadera de este supuesto equidista de las dos posiciones enunciadas. El legitimario instituido heredero, o que lo sea *ab intestato*, no deja de serlo por el hecho de que su cuota se agote con la colación de las donaciones que hubiere recibido del causante. En cambio, es inexacto que lo colacionado se reciba a título de heredero y que integre la cuota hereditaria, propiamente dicha, del legitimario colacionante.

La cualidad de heredero es independiente de la efectiva percepción de bienes por el instituido y no se pierde por la atribución de bienes concretos para su satisfacción. En efecto: No deja de ser heredero el instituido por el hecho de que la herencia carezca de bienes. Ni tampoco deja de serlo el instituido cuando el testador le ha concretado los bienes que deben integrar su cuota.

El heredero forzoso que no recibe activo relicto porque se le descuenta el valor a colacionar, se halla en una posición intermedia entre el heredero que no recibe bienes hereditarios, porque no hay activo a repartir, y el que tiene concretamente predeterminado el contenido activo que corresponde a su cuota. Posición intermedia. Por que es heredero y no recibe bienes por este título y, sin embargo, tiene cubierta su cuota con bienes predeterminados que ya eran suyos desde antes de causarse la sucesión.

La institución en cosa cierta supone una contradicción entre el título y la asignación, por eso la ley (art. 768 C. c.) presume que el testador usó impropriamente el *nomen* cuando se lo atribuyó

(1.259) *Heredero testamentario* y... loc. cit., págs. 344 y ss.

(1.260) *Notas al Kipp*, vol. cit., § 88. X, pág. 61.

al asignatario. Pero, esa interpretación legal —como ya vimos (1.261)— cede cuando resulta que la asignación concreta realizada no excluyó en la intención del causante el título de heredero del asignatario. No la excluye nunca cuando la asignación no significa otra cosa que una atribución particional testamentariamente predeterminada por el causante (1.262).

Examinemos detenidamente el supuesto discutido:

a) El heredero instituido, o que lo sea ab intestato, no deja de serlo por el hecho de no recibir cosa alguna del activo relicto al tener cubierta su cuota particional con las donaciones por él colacionadas.

Si dejase de ser heredero no tendría que colacionar. Si no tuviese que colacionar tampoco se le restaría del montante de su correspondiente activo hereditario el valor de lo donado. Nos hallaríamos en un círculo vicioso del que no podríamos salir.

Ser el donatario heredero efectivo es presupuesto esencial para la colación de lo donado. La colación no puede destruir su presupuesto sin derrumbarse a su vez. Con la colación se le resta, parcial o totalmente, al colacionante su percepción del activo hereditario, pero sin quitarle su título de heredero. Del mismo modo que las deudas hereditarias que absorban totalmente el activo hereditario no privan al heredero de su título de tal. Si ser heredero consiste en suceder —sólo o conjuntamente con otros herederos— en todas y cada una de las relaciones jurídicas del causante, no se pierde esa cualidad por el hecho de que en la partición (aunque esté predeterminada con anterioridad) no correspondan bienes relictos al heredero colacionante por que su cuenta en la masa particional no arroje saldo a su favor.

Hemos visto que con la colación se agregan contablemente las partidas colacionadas a la masa hereditaria. Pero, que la agregación sólo es contable, sin que lo colacionado se funda jurídicamente en la masa hereditaria. Contablemente se determina el montante correspondientes a la participación de cada heredero forzoso en el total partible formado por aquella suma. Jurídicamente —como resultado de ese cómputo y de restar del montante contabilizado a favor del colacionante el valor contablemente colacionado a su cuenta— resulta que, en nuestro supuesto, el colacionante nada recibe del activo relicto. Pero no deja de ser heredero, como no deja de serlo el heredero que debía a su causante una cantidad no inferior al importe de su cuota hereditaria. En uno y otro caso la percepción del activo queda compensada: En el primero con valor colacionado y asignado a su propia cuenta particional. Y en el segundo por confusión con la deuda y el crédito correlativos, si éste es asignado a la cuota particional del propio deudor.

(1.261) Ver estos Apuntes, II, § 2, D. d. en este Anuario IV-4.º, páginas 1401 y ss.

(1.262) Apuntes... II, § 3, E. en Anuario IV-4.º, págs. 1437 y ss.

De esta conclusión pueden deducirse los siguientes corolarios:

1.º El heredero forzoso, instituído como tal o que lo sea ab intestato, aun cuando tenga cubierta su cuota particional con los bienes que debe colacionar, no pierde por ello el honor del título, ni las consecuencias dimanadas de su atribución.

Por lo tanto:

α) Conserva el derecho de acrecer y el de no decrecer, para los supuestos de que no llegue a suceder un coheredero llamado conjuntamente o de quedar vacante algún legado.

β) Debe coparticipar, desde el día de abrirse la sucesión, en los frutos e intereses de los bienes comprendidos en la masa hereditaria, como por contrapartida resulta del artículo 1.049 C. c.

γ) Debe cumplir en la proporción que le corresponda, en cuanto no perjudiquen a su legítima, las cargas y legados dispuestos por el causante sin determinación específica del heredero que deba cumplirlas.

δ) Si aceptó la herencia sin beneficio de inventario, responderá —pese a no recibir contenido relicto alguno— de las deudas del causante con todos sus bienes, por lo tanto, incluso con los colacionados.

ε) Los bienes colacionados los conserva como donatario y, no como heredero, puesto que no se confunden en la masa hereditaria a la que sólo contablemente se agrega su valor, para el reparto —proporcional a la cuota institucional— de lo recibido a título gratuito del causante. En consecuencia:

α) La posesión y administración de lo donado, cuyo valor se colaciona, continúa correspondiendo exclusivamente al propio donatario, sin posible intromisión de coherederos ni albaceas.

β) Si el donatario aceptó la herencia a beneficio de inventario no responde de las deudas hereditarias con los bienes colacionados *cum viribus ni pro viribus*. Los bienes donados no están afectados por las deudas del donante, ni el donatario responde fuera de lo previsto en los artículos 642 y 643 C. c.

§ 16. Posición del legitimario donatario no heredero.

El legitimario no instituído heredero, pero tampoco preterido, que haya recibido alguna donación de su causante no es heredero ni debe colacionar.

La primera afirmación queda patentizada en la parte primera de estos Apuntes y en el § 1.º de esta tercera parte. La segunda, deriva como lógica consecuencia de la primera: los legitimarios sólo son posibles sujetos de la colación en cuanto son efectivamente herederos.

Paradójicamente es exacta como afirmación la frase que Ortega Pardo 1.263¹⁾ presenta como argumento *ad absurdum* y que a continuación transcribimos: «Si el *de cuius* pudiera pagar en vida

(1.263) Loc. cit. cit., pág. 345.

la legítima cuando lo hiciera no entraría en juego la colación: bastarían las acciones de reducción y suplemento para proteger los derechos de legitimario, y ninguna necesidad habría de que colacionase lo recibido.» Precisamente —en contra su opinión— es así: el causante puede satisfacer en vida la legítima y en estos casos jugará la imputación pero no la colación.

Lo que no puede el legitimario es renunciar, transigir, o dar por definitivamente pagada su legítima en vida del causante. Así lo dice el artículo 816: < Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzoso es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción >. Pero, en este precepto, la expresión *traer a colación* debe entenderse en su sentido gramatical de llevar a la cuenta de la legítima. Así como en el artículo 818 *colacionables* equivale a *computables*, en el 816 *traer a colación* significa *imputar a la legítima*. Ninguno de los dos preceptos se refieren a la *colación* en su sentido rigurosamente técnico, jurídicamente restringido.

Sólo una vez fallecido el causante puede conocerse la cuantía de las legítimas. Únicamente entonces podrá saberse si éstas han sido totalmente satisfechas en vida de aquél, imputando lo donado a la cuenta de lo que por legítima corresponda al donatario. Es decir: la legítima puede ser pagada en vida del causante, pero sólo cuando éste fallece podrá saberse si quedó totalmente satisfecha, o si el legitimario tiene derecho a reclamar su suplemento. Con ello enlazamos con la doctrina del artículo 815, siempre que no haya sido preterido el legitimario y no entre, por tanto, en juego el artículo 814.

Centrada la cuestión básica, de acuerdo con las conclusiones a que hemos llegado a lo largo de este trabajo, podemos penetrar en el examen particular de los supuestos que la hipótesis que estudiamos nos puede ofrecer:

a) *El causante nada dejó en testamento al legitimario, pero expresó que éste había recibido por donación tanto o más del importe de su legítima.*

El legitimario a quien en su testamento manifestó el causante que nada le dejaba, por tener cubierta su legítima con cuanto le había donado, deberá imputar al montante de ésta el valor que tenían en el día de la donación las donaciones recibidas de dicho causante (conforme al criterio del art. 818).

En este caso, si su legítima queda cubierta con la imputación, resultará pagado sin ser heredero ni legatario del causante. Pero, si lo donado no alcanza para saldarla tendrá derecho a reclamar el suplemento conforme al artículo 815.

¿A qué título?, ¿en bienes de la herencia?, ¿en metálico?

Ambas preguntas han sido contestadas en términos generales, en la parte primera de estos Apuntes, al tratar de la naturaleza

de la legítima y especialmente de la *actio ad supplementum*. Aquél a quien se le asigna su legítima sin designarle heredero, la recibe a título singular (1.264). En cambio, la legítima es *pars bonorum* y no mera *pars valoris*, salvo los casos excepcionales previamente determinados por el Código, y por lo tanto el suplemento de la legítima en principio debe ser abonado en bienes de la herencia (1.265).

b) *El causante legó al legitimario en pago de su legítima los mismos bienes que le había donado.*

La solución es la misma expresada en el caso anterior.

c) *El causante dejó a salvo lo que por su legítima correspondiera al legitimario sin hacer mención de lo que le hubiera donado.*

Debemos subdistinguir en este supuesto:

1.º Si el causante dejó a salvo lo que por legítima correspondiera a uno de los legitimarios a quien favoreció con donaciones a las que no asignó carácter de mejora, debe aplicarse el artículo 819 para la imputación de éstas. Es decir, deben imputarse a la legítima del donatario en cuanto quepan en ella. En lo que excedan debe seguirse el orden normal de imputación, antes estudiado (1.266): después de cubierta la legítima del imputante, se aplicará el exceso al tercio de libre disposición y finalmente al de mejora.

Si a pesar de la imputación de lo donado quedara la legítima del imputante sin cubrir en su integridad, éste deberá recibir la diferencia a título de legado y en bienes del caudal relicto, conforme hemos indicado en el inmediato anterior apartado a).

2.º Si, en el mismo supuesto, se dió carácter de mejora a la donación hecha a favor del legitimario a quien el testador dejó salvo su legítima, deberá aquél recibir su legítima íntegra a título de legado de cuota e imputará la donación a los tercios de mejora o de libre disposición, según los casos. La dispensa de colación de lo donado, deberá estimarse en este caso, como dispensa de imputación a la legítima y se imputará, por este orden, al tercio de libre disposición, al de mejora y en su exceso a la legítima individual del donatario (1.267).

d) *El causante legó concretamente al legitimario una cosa o una cantidad, expresando o no que se le atribuía a cuenta de la legítima, y con manifestación o no de las donaciones con las que le hubiera favorecido.*

Cuando el causante no instituyó heredero a alguno de sus le-

(1.264) § 10, An. Dr. Civ., IV-2.º, págs. 503 y ss.

(1.265) An. Dr. Civ., cit., págs. 508 y ss.

(1.266) Apuntes..., III, § 12, G. a. a.

(1.267) Ver nuestra conferencia *La mejora tácita*, VIII, 6 y 7, loc. y volumen cit., págs. 113 y ss.

gitimarios, pero a su favor dispuso mortis causa legados específicos o de cantidad determinada e, inter vivos, donaciones sin carácter de mejora, se plantea si deben imputarse a la legítima en primer término las donaciones o los legados.

La cuestión no carece de interés. En caso de imputarse primero lo donado y después lo legado, resultaría que cuando toda la parte disponible y el tercio de mejora íntegro hubieren sido dispuestos mediante donaciones, el legado no podría cumplirse y quedaría al descubierto. En cambio, si el legado se imputase en primer término a la legítima del legatario podría cumplirse en cuanto cupiera en ésta, sin perjuicio de que la donación otorgada a favor del mismo se mantendría íntegramente en cuanto cupiese en la parte disponible aún a costa de reducir las donaciones dispuestas por el causante ulteriormente (1.268).

¿Qué criterio debe prevalecer? A juicio nuestro el de imputar a la legítima primero lo donado y después lo legado. Las razones de esta solución a juicio nuestro son las siguientes:

Una, derivada de las reglas de imputación del propio Código civil: Si el legitimario es heredero, lo donado al mismo se imputa, salvo dispensa, a su cuota hereditaria (art. 1.055), mientras lo legado se le imputa fuera de ella, salvo disposición en contrario (artículo 1.037). Se señala, pues, un orden de imputación de dentro a fuera de las donaciones y los legados. Ese orden parece que debe conservarse si el legitimario donatario y legatario no es heredero. Tanto más cuanto, el artículo 819 dispone la imputación preferentemente a la legítima de lo donado si no se expresa la voluntad del donante de mejorar al donatario (art. 825 C. c.); mientras que conforme al artículo 828 el orden normal de imputación de los legados, según resulta del artículo 828 C. c. es inversamente tercio de libre disposición, mejora y legítima del legatario —salvo el caso de que al legatario tuviera su legítima sin cubrir— por otro título, en cuyo caso el legado deberá preferentemente imputarse a ella (1.269).

Otro, apoyado positivamente en el principio de que una donación no puede ser pospuesta a otra posterior, ni una donación a un legado, en cuanto no resulte inoficiosidad de las que fueran preferentes por su carácter inter vivos y por su fecha. De no aceptarse la solución de imputar a la legítima primero lo donado y luego lo legado, resultaría que el causante podría provocar la revocación de

(1.268) Supongamos que el causante donó 1.000 a uno de sus hijos A, luego donó otros 1.000 a otro hijo, B, y, finalmente, 1.000 más a un extraño. En su testamento instituyó heredero a éste y legó a A 100. El caudal relicto líquido más lo donado ascendió a 3.000.

Si lo donado a A se imputa a su legítima antes que el legado, resultará que A, B y C conservarán cada uno los 1.000 que respectivamente les fueron donados y el legado de 100 no podrá cumplirse. Si lo legado a A se imputa a su legítima, previamente a imputar, la donación resultará que A recibirá 1.100: B, 1.000 y C, 900.

(1.269) Ver nuestro trabajo *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, IX, loc. cit., págs. 339 y ss.

donaciones disponiendo legados, que imputados a la legítima del legitimario no instituido heredero desplazaría lo donado al mismo hacia la parte disponible, con perjuicio para quienes recibieron otras donaciones del causante en fecha posterior a la de aquélla.

Al legitimario no instituido heredero, pero a quien le fué cubierta su legítima mediante donaciones, que el causante le había otorgado, le corresponde la posición de donatario y de legitimario, pero no la de heredero:

α) Como donatario no responde de las deudas del causante fuera de los supuestos previstos en los artículos 642 y 643 C. c. Ni siquiera *intra vires*, *cum viribus* ni *pro viribus* como los legatarios o los herederos a beneficio de inventario.

β) Como legitimario, tendrá derecho, en su caso, al suplemento de su legítima (art. 815) o a la reducción por inoficiosidad de las cargas o gravámenes impuestos por el donante (art. 813, § 2.º). Así como a intervenir en la partición de la herencia, en sus fases de inventario, avalúo y cálculo de las porciones legítimas, de mejora y de libre disposición.

γ) Por no ser heredero, carece del derecho genérico de acrecer y de no decrecer fuera del montante de su legítima, ni en modo alguno responde de las deudas de la herencia, en los términos que acabamos de decir.

Su posición, por lo tanto, es muy distinta que la del legitimario instituido heredero que cubra su cuota hereditaria —igual o mayor que su legítima— con las donaciones colacionadas por el mismo.

E P I L O G O

Concluidos —¡gracias a Dios!— estos Apuntes en los que nos hemos extendido más de lo que esperábamos al comenzarlos, quisiéramos detenernos unos instantes a reflexionar, volviendo la cabeza desde la meta hacia el largo camino recorrido, dibujado en el panorama como las rutas de un plano en relieve.

La senda que hemos procurado desbrozar y querido recorrer no mide su distancia en kilómetros, sino en siglos. Hemos intentado captar su suceder histórico. No para añorar lo que fué, sino para ver cómo se ha ido forjando lo que es hoy. Nuestra pretensión ha sido la de analizar en el ayer las raíces del árbol de hoy, pensando en que mañana debe seguir dando sus frutos aumentados y mejorados.

Lo hemos hecho así por que creemos firmemente que las normas del Derecho sin su Historia no serían sino como hojas desprendidas de su tallo, con las que el viento de las modas jurídicas o políticas jugaría con sus soplos arbitrarios.

¡Vana ilusión la de rehacer todo el Libro del Derecho en cada generación, volviéndolo a abrir en blanco desde su primera página!

Los juristas trabajamos sobre conceptos y terminología que otros juristas más antiguos elaboraron, discutieron y reelaboraron.

Las normas deben crearse sobre la base de una realidad social, acrisoladas por el choque de otras leyes más viejas con las nuevas concepciones o necesidades. Pueden cambiar las normas. Muchas veces es necesario que así sea —no siempre es arbitrario el legislador moderno en su empeño de dominarlo y reglamentarlo todo—. Pero la nueva ley no puede prescindir de la que le precedió, aunque sólo sea para derogarla de modo más absoluto.

Cada generación añade algo al edificio del Derecho. A veces sólo es polvo, que el más ligero soplo aventa. En otra, sólo deshace lo que hizo la generación de sus padres y rehace lo que éstos habían destruido. ¡Cuántas veces los hombres de un siglo, que orgullosamente habían creído avanzar, no hacían sino dar vueltas sobre el mismo circuito varias veces recorrido y siempre redescubierto!

Por eso, creemos que sólo una visión panorámica, pero exacta —huyamos de tópicos y lugares comunes— y revisada, del decurso histórico del Derecho, en su continuidad, puede guiarnos para conocer el presente y orientar el porvenir —en lo posible—.

Un proceso codificador es siempre un repaso histórico del Derecho vigente. Se trata de separar lo vivo de lo muerto, de articular y sistematizar lo vigente, y revisarlo contrastándolo con la realidad actual y con los planes futuros.

Esa misión fué encargada en la Ley de Bases a los autores del Código civil español. Por eso, para conocer los preceptos del Código hay que repasar el proceso formativo de sus normas. Por desgracia muchas veces, perezosamente —ese es uno de los peligros de las codificaciones—, al interpretarlo no se ha querido pasar de la epidermis de su letra o se ha preferido lograr fácil y falsa originalidad injertando exégesis o teorías extranjeras, sin conocer el propio árbol lo suficiente para saber si le convenía o le perjudicaba esa transfusión de savia ajena.

Con certera precisión lo ha percibido Hernández Gil (1.270): «Ultimamente se ha imputado con insistencia al Código civil su falta de atención por el Derecho de Castilla y su entrega al Código napoleónico. A veces se exagera al hacer estas imputaciones; el <afrancesamiento>, en ocasiones, está más que en el Código mismo, en los criterios de investigación e interpretación utilizadas por parte de la doctrina y hasta en la suspicacia».

Si un injerto adecuado puede dotar a una institución de sentido y valor universal, otro equivocado, por insuficiente conocimiento del tronco al que se injerta, puede dejarlo infructífero y sin vida. Incluso cabe que aquél arraigue en éste como un parásito, sin fundirse, sobreviviéndole la savia

Hemos estudiado en su aspecto cualitativo la legítima castellana y su germinación en la legítima del Código civil. Podría ana-

(1.270) *Reflexiones sobre el Derecho foral y la unificación del Derecho*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», CXCVIII, pág. 22.

lizarse cuáles han sido sus resultados en la organización jurídica social y económica de las regiones donde ha sido aplicada. Pero, de este estudio no podríamos deducir conclusiones definitivas para juzgar calidad cualitativa de la legítima común. En tales resultados —latifundismo y minifundismo, defecto de colonización interior y de parcelación racional— han influido y quizá decidido otras circunstancias como el aspecto cuantitativo de la misma legítima, la mentalidad jurídica popular, los regímenes sucesorios especiales, etc., etc.

Es notable que mientras en su aspecto cuantitativo el Código civil aproximó ligeramente —muy poco en verdad— la legítima castellana a las forales, según ordenó la Base 12 (1.271), en cambio, los comentaristas del Código al explicar su aspecto cualitativo pretendieron alejarse más de ellas. Parece que, como si pesarosos de su transacción cuantitativa, quisieran acentuar las diferencias sustanciales. Y para ello —¡oh paradoja!— olvidaron la labor romanista de los clásicos de Castilla y retrocedieron a la mentalidad germanista —abandonada en Alemania y Austria—, que articulada les renueva Francia con su *Code de Napoleón*.

Cedemos de nuevo la palabra a Hernández Gil (1.272): «de todas maneras si es verdad —y esto de ordinario no se advierte— que se mostró una mayor inclinación por el Derecho nacional al respetar, si bien con conocidos paliativos, el Derecho foral, que al elaborar el contenido en el Código civil». Afortunadamente el Código civil es menos afrancesado que sus comentaristas (1.273) y está menos de espaldas al progreso doctrinal de sus antecedentes históricos de lo que la lectura de aquellos autores parece dar a entender.

La mentalidad jurídica popular llega a ser mucho más decisiva que las mismas leyes. «*Leges sine moribus vanae proficiunt*». La libertad de testar puede ser útil, inútil o perjudicial, según el uso que de ella se haga. Si un contingente considerable de padres usa-

(1.271) «Base 12.ª Se reducirá la cuota hereditaria de los descendientes y se establecerá a favor de los padres la libertad de disponer de la parte que no constituya legítima de los hijos, fijando la cuantía de una y otra de modo que satisfaga los justos derechos de éstos y puedan los padres cumplir sus deberes de reconocimiento y justicia y premiar y castigar según los méritos de sus herederos. En la misma proporción, pero con distinta medida que exige el caso, se disminuirá la legítima de los ascendientes.»

ALONSO MARTÍNEZ (*El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, v. g., pág. 146) nos explica qué fue ésta la fórmula transaccional propuesta por AGUSTO COMAS: «El caudal del padre se considerará dividido en tres partes iguales, constituyendo una la legítima de los hijos, disponiendo aquéi de otra a su albedrío y destinando el tercio restante a la sabia institución de las mejoras.»

(1.272) Loc. y pág. últ. citis.

(1.273) Recordemos la frase que al doctor MARAÑÓN (*El Conde Duque de Olivares. La pasión de mandar*, 3.ª ed., Madrid, 1952, pág. 314) sugiere la imitación de la política francesa por el Conde Duque: «Al enemigo que nos preocupa quisiéramos destruirle, pero a la vez la preocupación nos impulsa a copiarle.» A Francia insistimos más que nunca en copiarla a partir de nuestra Guerra de la Independencia.

ran de ella para despojar a sus deudos en beneficio de sus amantes, necesariamente debería abolirse. También habría que abrogarla si los hijos preferidos dilapidaran su caudal (1.274) o guardaran avaramente su haber, mientras sus hermanos se vieran condenados a poblar los barracones de los suburbios. Sería inútil si los padres no usaran de ella (1.275), por desconocer que utilizándola con acierto puede lograrse la mayor justicia (1.276). La conveniencia o inconveniencia de las leyes no puede juzgarse sino es con relación al clima moral y social a que se aplica. Mucho más que el juicio teórico de la ley interesa la reacción que provoca en el organismo social al que se aplica. En este aspecto no ofrece duda que el resultado de las disposiciones sucesorias forales han sido saludables económica y socialmente (1.277).

Los *regímenes jurídicos especiales* han tenido excepcional importancia desde la Edad Media (1.278) hasta las leyes desamorti-

(1.274) «El *heren-escampa* (el heredero manirroto)—dice J. VICENS VIVES (*Noticia de Cataluña*, Barcelona, 1954, pág. 42)—, es un subproducto degenerado de una institución eminentemente social.» Institución beneficiosa que no puede abolirse por el hecho de que excepcionalmente se use mal de ella. Para determinar el régimen común interesan los casos normales, no las excepciones patológicas.

(1.275) En este aspecto y hace años (*El derecho patrimonial familiar y sucesorio en el Código civil y en su aplicación práctica*, «La Notaria», LXXXI, primer trimestre 1946, pág. 24) hicimos la siguiente observación: «No obstante los defectos del Código civil cerrando el paso con criterio atomista a la familia troncal, no chocan con la mentalidad del pueblo canario. El criterio de la igualdad—mas sentimiento que criterio en muchos casos—domina en absoluto. Tan en absoluto que la equiparación no sólo suele ser cuantitativa, sino incluso cualitativa... El criterio igualitario se manifiesta extremado en la partición. No suele repartirse el patrimonio en globo, sino cada uno de los bienes que lo componen. Cada campo se divide en tantas tiras como hermanos. Y las casas, sino son en número suficiente para todos y totalmente equivalentes se dejan indivisas o se reparten por habitaciones con derecho común a la cocina y al servicio.»

(1.276) Una muestra de como puede no saberse usar y de cómo cabe aprovechar con fruto general una misma ley, la encontramos en el interesante texto de PEDRO NOLASCO VIVES Y CEBRIÁ (*Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña*, 2.ª ed., Barcelona, 1861, t. II, págs. 269 y ss.) que dedica a comentar los efectos económicos y sociales de la Constitución de Felipe II en las Cortes de Monzon de 1865.

(1.277) Resultado favorable que no sólo se ha notado en el agro. Como dice VICENS VIVES (op. cit., pág. 43): «El verdadero papel del heredero radica, como ya lo han remarcado otros autores, en el apoyo a los «fadristerns» (segundones), a los hermanos que fuera del hogar paterno se han abierto un camino en la vida. El comercio y la industria de Cataluña se ha creado con el esfuerzo de los segundones y con el de los herederos que velaban por ellos desde la masía lejana.»

(1.278) Así lo observamos en nuestra conferencia «La sucesión en la Rioja en la época de los fueros municipales» (pronunciada en el Instituto de Estudios Riojanos de Logroño el 9 de junio de 1951) al comentar unos preceptos de los Fueros de Nájera, Logroño y Miranda. No puede olvidarse, de una parte, las consecuencias que en la sucesión de la alta nobleza pudieron dimanar de la confusión existente entonces entre soberanía y dominio ni, de otra, la relación precaria que en algunos casos pudo eliminar la sucesión *mortis causa*

zadoras. Castilla con su clima continental—temperaturas extremas, mutaciones bruscas— careció casi siempre de la ponderación y el equilibrio de las regiones forales. Aragón y Navarra supieron aplicar el régimen sucesorio de los nobles a la conservación de la casa de villanos o labradores. Cataluña atenuó las vinculaciones en los límites que Justiniano marcó en su Novela CLIX. Castilla, por el contrario, aceptó la vinculación ilimitada en una sola cabeza de los mayorazgos, a la vez que condenó a la pulverización a la pequeña propiedad (1.279). En cambio no fueron utilizadas la enfiteusis (1.280) ni del arrendamiento (1.281), como en otras regiones, para regular la continuidad unitaria de explotación de la empresa familiar agraria.

A posiciones extremas, remedios extramados adoptados desde la capital. La falta de equilibrio lleva, por lo menos, a la oscilación, el balanceo. La ley del péndulo no es sólo una ley física. De los mayorazgos se pasa a la desamortización, con espolizaciones que no resuelven el problema de los latifundios. Al minifundio—en laudable esfuerzo— quiere combatírsele imperativamente con los patrimonios familiares indivisibles, con las unidades mínimas

entre los villanos (especialmente por la mañería) o adscribirla a la forma predefinida en la carta de concesión precaria.

(1.270) ALONSO MARTÍNEZ (op. cit., págs. 161 y ss.) examina los procedimientos de que se valían los guipuzcoanos para evitarlo y para mantener su propiedad indivisa, salvando el inconveniente para ello de regirse por las leyes castellanas con la legítima de los cuatro quintos y mejora del tercio, y acaba por reconocer: «Debo hacer la confesión de que los procedimientos que emplean los guipuzcoanos no se ajustan completamente al patrón del derecho, de suerte que, examinando las cosas a fondo, lo que allí se ve es que de hecho prevalecen las costumbres sobre la ley escrita y que si no surgen de tal estado de cosas graves conflictos es porque no hay ninguna reclamación, sino que antes bien se cuenta con la aquiescencia universal.»

(1.280) Tanto sirvió la enfiteusis en Cataluña a dicho fin que—como observa VICENS (loc. cit., pág. 42)—la institución del *hercu* en el *pagés* catalán tiene su antecedente en los establecimientos enfiteúticos, en los que la línea de los *capmasers*, «en su sucesión biológica representaba la mejor garantía del <señor útil> respecto del <señor directo> de la tierra». «En las fórmulas nacidas del establecimiento en *masos*, antes y después de la sentencia de Guadalupe, el heredero era la única persona que no podía emigrar de la tierra. Irse era romper la cadena, dar al señor directo la facultad de adjudicarse el dominio útil del *mas*, de convertirlo en un engranaje más de la propiedad privada. Alguien tenía que quedarse en la tierra cumpliendo el deber de mantenerla libre para la familia.»

(1.281) Observó ALONSO MARTÍNEZ (op. cit., págs. 160 y ss.): «El labrador guipuzcoano, lo mismo que el vizcaíno, deja el caserío a uno de sus hijos en testamento, como si pudiera disponer de él a título de propietario, y así se sucede en los arrendamientos de generación en generación sin intervención directa del dueño, de cuya aquiescencia no se duda y a quien ni siquiera se pide su consentimiento.» Las diferencias de Guipúzcoa con Castilla fué subrayada por el ilustre jurista, destacando que éstas surgían, a pesar de que la ley era la misma en materia de propiedad y de arrendamientos.

Como en Guipúzcoa, también en Asturias—a pesar de regirse por el Derecho de Castilla—gracias a la sucesión arrendaticia consolidada en la costumbre—, se logró asegurar la continuidad de la casería. (Ver PRIETO BANCES, *La casería asturiana*, en «Rev. Crit. Der. Inmob.», vol. XIV, pág. 736, diciembre, 1947.)

de cultico (1.182) y con la concentración parcelaria ordenada por vía administrativa. Los defectos de las leyes civiles y la falta de orientación jurídica del pueblo tratan de subsanarse con interferencias burocráticas. Se llega hasta facultar a que se prive mediante expediente administrativo de la titularidad del patrimonio familiar a quien haya incumplido los deberes primordiales de la familia, a juicio de la jerarquía administrativa (1.283).

Afortunadamente, el Código civil, en materia de legítimas—muy a pesar de algunos de sus comentaristas—mantiene la sustancia y concepción romanista que los grandes clásicos de Castilla supieron infundir a la legítima visigótica, y en sus artículos 817, 822, 829 y 1.056, § 2.º, la hace más flexible. No sólo es eso, sino que reduce las medidas góticas de la legítima estricta. Aproxima así en sustancia y medida la legítima común a las legislaciones forales. Aunque no lo suficiente para llenar las finalidades perseguidas por éstas, de conservar la casa con su patrimonio rural, como unidad de producción, crisol familiar, apoyo de los segundones formados con el esfuerzo y ayuda del jefe de la casa. Segundones que no engrosan los suburbios, sino que suelen ser magníficos profesionales, preparados artesanos, emprendedores comerciantes o pequeños industriales.

Para lograr ese resultado no bastan las leyes. Hace falta que los principios se sientan y se apliquen en las familias labradoras. Es un problema de formación de la mentalidad agraria. En crear esa convicción—más que las leyes coactivas—se halla el secreto para resolver satisfactoriamente de hecho y de modo definitivo—no sólo sobre el papel ni únicamente de modo transitorio—el respeto a la unidad mínima en un cultivo racional.

(1.182) Determinadas desde la capital rigidamente por grupos de provincias para regadío y seco en el Decreto de 25 de marzo de 1955. Para algunas provincias, como las Canarias, parecen fijadas muy inadecuadamente.

(1.283) Orden de Agricultura de 27 de mayo de 1953.

No es extraño que las regiones forales se resistan a que el Estado ponga sus manos sobre sus leyes milenarias—«Dios y leyes viejas», dicen en Navarra—que tan sabiamente han salvaguardado la organización social y económica, tranquila y próspera de su agro. Ponen, todavía, en el buen padre de familia, en sus caseros y payeses, tradicionalmente educados en una mentalidad sabiamente conservadora, más confianza que en los burocratas planificadores, en los funcionarios administrativos o en los inspectores agrarios. Piensan que si un día los padres de familia llegasen a no saber cumplir su misión difícilmente la superarán los funcionarios estatales a los que la investidura oficial no garantiza una mayor moralidad, diligencia ni solvencia que los demás.

Es muy fácil, tal como se legisla hoy día (*), destrozarse de un plumazo una institución milenaria. Luego es más difícil rectificar. Se provoca inconscientemente la enfermedad y después se construye el sanatorio recurriendo a la intervención administrativa. Se crean nuevos organismos, se presupuestan créditos y emite nueva deuda; aumenta la burocracia. Todo gravita sobre las espaldas de los contribuyentes a los que con este círculo vicioso se limita necesariamente sus posibilidades de inversión.

(*) ALVARO D'ORS (*Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, prólogo, Madrid, 1952, pág. 7) ha dicho crudamente: «Que tanto la moneda como la ley han sufrido en nuestros días una inflación, una desvalorización. en fin, un desprestigio, es un hecho que está a la vista.»

Sujeto de la acción judicial en las causas matrimoniales

M. CABREROS DE ANTA, C. M. F.

Catedrático de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca

SUMARIO: I. Fuentes después del Código.—II. Causas matrimoniales en sentido estricto y en sentido lato.—III. Tres formas de demanda.—IV. Necesidad de la demanda.—V. Quién debe ser el actor: a) En las causas sobre esponsales; b) En las causas de nulidad; c) En las causas de separación; d) En el matrimonio rato y no consumado; e) En las demás causas matrimoniales.

I. FUENTES DESPUÉS DEL CÓDIGO

El Código de Derecho canónico delinea solamente un proceso matrimonial fragmentario, ofreciendo piezas sueltas que deben colocarse, añadidas o en sustitución de otras, en el mecanismo general del proceso contencioso que se halla trazado en la Sección I del Libro IV. ¡Del proceso matrimonial sólo se trata directamente en los cánones 1.960 al 1.992. Se creyó, al redactarse el Código, que el proceso-tipo contenido en la *sección primera*, ligeramente retocado, serviría también a las formas especiales y más caracterizadas del proceso, que son el proceso criminal y el matrimonial, sobre todo a este último por su carácter contencioso. La práctica ha enseñado que, si bien la teoría general del proceso, su dogmática podemos decir, es válida en todas y cada una de sus formas y la estructura general es también parecida, la legislación concreta, en cambio, debe adaptarse diversamente en muchos e importantes detalles cuando se trata del proceso criminal y del matrimonial. Esta es la causa de que, posteriormente al Código, se haya hecho necesario promulgar una ubérrima legislación, a veces aclaratoria y otras veces modificativa de la contenida en el Código, acerca de las causas matrimoniales. No haremos sino enumerar esta legislación postcodicial, sin mencionar, por ahora, las múltiples declaraciones emanadas de la Comisión Intérprete ni otras resoluciones particulares de la Santa Sede.

a) Instrucción de la S. Congregación de Sacramentos sobre las reglas que han de observarse en los procesos sobre matrimonio rato y no consumado, dada el 7 de mayo de 1923 (A. A. S., XV, página 389 y sigs.). Esta Instrucción contiene un tratado completo y orgánico sobre la materia, recogiendo para ello todas las prescripciones canónicas pertinentes y añadiendo otras muchísimas

normas concretas. Al fin se ponen 34 *formularios* que pueden servir de modelo para la redacci3n de muchos autos procesales.

b) Sobre el matrimonio rato y no consumado versa tambi3n la Instrucci3n dada por la misma S. Congregaci3n de Sacramentos, con fecha 27 de marzo de 1929 (A. A. S., XXI, 490 y XXVIII, 362). Este documento fu3 dado para precaver la sustituci3n dolosa de las personas en los procesos sobre matrimonio rato y no consumado.

c) El mismo a3o 1929, con fecha 23 de diciembre, la S. Congregaci3n de Sacramentos public3 una nueva Instrucci3n acerca de la competencia del juez por raz3n del cuasidomicilio en las causas matrimoniales (A. A. S., XXII, 490, y XXVIII, 365).

d) Las Letras de la S. Congregaci3n de Sacramentos, 1 de julio de 1932, sobre la constituci3n de los tribunales diocesanos y su actuaci3n en las causas matrimoniales (A. A. S., XXIV, 272, y XXVIII, 368).

e) Normas que han de observar los tribunales diocesanos al tratar las causas matrimoniales de nulidad y que fueron promulgadas por la Instrucci3n *Proxida Mater Ecclesia* de la S. Congregaci3n de Sacramentos el 15 de agosto de 1936 (A. A. S., XXVIII, 313 y sigs.). Esta Constituci3n, sobre cuyo alcance obligatorio se disputa, es, indudablemente, la carta magna, el C3digo particular de las causas matrimoniales de nulidad, con m3s raz3n, por su extensi3n y estructura, que la Instrucci3n del 7 de mayo de 1923 lo es respecto del matrimonio rato y no consumado. Esta Instrucci3n no s3lo recoge y completa la legislaci3n can3nica dispersa, sino que en varios puntos ni siquiera se armoniza bien con ella, perdiendo por esto mismo parte de su autoridad y eficacia.

f) Decreto *Qua singulari* del Santo Oficio (12 de junio de 1942), sobre la inspecci3n corporal de los c3nyuges en ciertos casos (A. A. S., XXXIV, 200).

II. CAUSAS MATRIMONIALES EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO AMPLIO

La competencia exclusiva de la Iglesia en las causas matrimoniales o su competencia cumulativa con la autoridad civil depende de que las causas sean o no estrictamente matrimoniales. Solamente de las primeras habla, no obstante la forma categorica en que est3 redactado, el canon 1.060 cuando dice: «Las causas matrimoniales entre bautizados pertenecen por derecho propio y exclusivo al juez eclesi3stico.» Esta prescripci3n can3nica contiene un principio de Derecho p3blico eclesi3stico y se extiende tambi3n a los matrimonios mixtos en los que uno de los c3nyuges es cristiano y el otro infiel, por exigirlo as3 la indivisibilidad del contrato matrimonial. Las causas matrimoniales en sentido lato son causas *mixti fori*, y la competencia judicial se regula a tenor del canon 1.061 en el cual se declara: «Las causas acerca de los efec-

tos meramente civiles del matrimonio, si se tratan como causa principal, pertenecen al magistrado civil, en conformidad con el canon 1.016; pero si como causa incidental y accesoria, puede también el juez eclesiástico conocer de ellas y sentenciarlas en virtud de su potestad propia.»

Si la misma competencia eclesiástica o civil depende de la naturaleza estrictamente matrimonial de las causas judiciales, no hay que decir que el derecho de demanda está sujeto a la misma ley. Nosotros tratamos aquí principalmente de la acción judicial ante los tribunales eclesiásticos en las causas estrictamente matrimoniales, aunque no dejemos de aludir, por completar el desarrollo del tema propuesto, a las causas matrimoniales en sentido amplio. Porque ya desde ahora debemos advertir que los principios sentados acerca de las causas en sentido estricto no son siempre aplicables a las causas latamente matrimoniales aun cuando éstas se propongan en el tribunal eclesiástico.

Indicado el influjo procesal que puede tener la distinción entre causas matrimoniales en sentido estricto y en sentido amplio, basta que enumeremos las causas pertenecientes a una u otra categoría siguiendo la clasificación comúnmente aceptada.

Son causas estrictamente matrimoniales las que tienen por objeto: *a*), el valor o nulidad del matrimonio; *b*), la declaración de consumación o inconsumación; *c*), la separación de los cónyuges, sea perpetua o sea temporal; *d*), la disolución del vínculo en el matrimonio meramente rato y no consumado; *e*), la disolución del matrimonio en virtud del privilegio paulino; *f*), los efectos espirituales y también los efectos *temporales inseparables* del matrimonio, verbigracia: los mutuos derechos u obligaciones de los cónyuges, la legitimidad de la prole, la patria potestad sobre los hijos y la obligación de éstos para con los padres (Cfr. artículo XXIV, 1, del vigente Concordato español).

Son causas matrimoniales en sentido amplio las que versan sobre los llamados *efectos meramente civiles*, es decir, efectos *temporales separables* del matrimonio. Tales son las causas que tienen por objeto: *a*), la reparación de daños por disolución o incumplimiento de los esponsales (el artículo 44 del Código civil español emplea en este caso la frase, demasiado restringida, de resarcimiento de gastos); *b*), la cuantía de la dote, el derecho a los alimentos, la administración de bienes, sucesión hereditaria, etcétera.

III. TRES FORMAS DE DEMANDA JUDICIAL

Todos los actos que forman la trama del proceso judicial, ya sean ejecutados por el juez, por las partes o por cualquier otra persona, convergen en un sólo acto final: la resolución de la controversia impuesta por el juez. Pero el juez, que puede y debe resolver la controversia, no puede por sí mismo plantearla: *nemo iudex sine actore*; es ésta una de las principales diferencias en el

ejercicio de la potestad judicial y de la administrativa. En el *proceso contencioso* se pide al juez la declaraci3n o el aseguramiento preventivo de un derecho o bien la reparaci3n de un perjuicio causado. Pero esta petici3n, aunque puede ser originada por un delito que niegue o haga peligrar un derecho, o impida su libre ejercicio, o produzca injustamente alg3n da1o, no considera el hecho como delictivo y, por lo tanto, no pretende que, mediante la sentencia judicial, se pruebe y se sancione la existencia del delito; 3nicamente pretende que la ley se cumpla y que se evite o se repare el da1o derivado de su incumplimiento, prescindiendo del desorden social que haya podido producirse. Por esta causa, la *acci3n*, en el proceso contencioso, no se designa con ning3n t3rmino que haga referencia a la existencia del delito. La acci3n no se llama *acusaci3n*, sino simplemente petici3n, demanda, pretensi3n, instancia, porque se pide al juez un derecho, es verdad, pero un derecho que lo es por gracia de la ley; se pide la concesi3n de un bien, no el castigo de un crimen. Al contrario, en el proceso criminal, todo gira alrededor del delito: su existencia, su grado de imputabilidad, la perturbaci3n social que ha producido, el desacato a la ley en cuanto preceptiva y penal, la restauraci3n del orden p3blico mediante la pena congruente. Y como lo 3nico que judicialmente puede hacer el actor respecto del delito es *acusarlo*, la acci3n en el proceso recibe el nombre de *acusaci3n*. Esta se reserva a la persona encargada de defender el bien p3blico, que es el fiscal: Las personas privadas s3lo pueden preparar la acci3n del fiscal con la *denuncia* o notificaci3n del delito y la anticipaci3n de algunos indicios probatorios.

Siendo el proceso matrimonial una forma del proceso contencioso no deja de extra1ar, y nos parece, por lo menos, una mezcla, que en la legislaci3n y en la doctrina can3nica haya prevalecido el uso de designar la acci3n o demanda judicial con la terminolog3a propia del proceso criminal, es decir, con el t3rmino *acusar* o *acusaci3n*, cual si la acci3n de nulidad matrimonial implicase necesariamente la existencia de un delito. Crece la confusi3n por el hecho de emplear el C3digo y los tratadistas diversas expresiones para designar la acci3n procesal en las causas matrimoniales. La misma inscripci3n del cap3tulo III, t3tulo XX, del C3digo de Derecho can3nico, menciona ya dos formas de demanda, puesto que habla de derecho a *acusar* el matrimonio y a *pedir* dispensa del rato y no consumado. Luego, en el texto, se vuelve a tratar de estas dos formas (*regularis accusatio* y *iure facta petitio*, en el canon 1.970: *petitio dispensationis super rato*, en el canon 1.973). A1adase a estas dos formas otra tercera en el canon 1.971, § 2, que es el derecho de *denuncia*, si bien este acto no tiene car3cter de verdadera demanda judicial. Mayor todav3a es la confusi3n entre los autores.

Empecemos por exponer los diversos t3rminos y conceptos que emplean los autores, citando solamente a algunos de 3stos.

Wernz-Vidal: «*La acusación*—dice—existe cuando una parte impugna el valor del matrimonio contra otra parte que sostiene su valor...; *petición jurídica* (*in iure facta petitio*), cuando ambas partes piden la declaración de nulidad» (1).

Cappello: «*Acusar el matrimonio* es instituir acción judicial o ejercer el derecho de acción ante el tribunal competente en orden a obtener o la separación personal o la declaración de nulidad del matrimonio. La *petición jurídica* la refiere Cappello al matrimonio rato y no consumado» (2).

Coronata: «Acusar el matrimonio es lo mismo que proponer la acción ante el tribunal competente para impedir que se celebre el matrimonio, para declarar nulo el contrato o para obtener la separación. *Petición jurídica* es la demanda de la gracia de la solución del matrimonio rato y no consumado. *Denuncia* es la notificación hecha al Ordinario o al promotor de justicia de un motivo por el cual un matrimonio puede impugnarse o acusarse» (3).

J. Torres afirma, sin fundamento, «que la *acusación* es el libelo o demanda hecho directamente por escrito, mientras que *petición* es la demanda presentada oralmente, la cual se convierte en acusación cuando el actuario la redacta por escrito» (4).

Nosotros creemos que los conceptos que ahora analizamos sólo pueden esclarecerse distinguiendo el orden doctrinal del orden legislativo.

En el plano meramente legislativo debemos admitir que la *acusación del matrimonio* es la acción ordenada a obtener la declaración de nulidad o la separación de los cónyuges. Claramente se dice en el canon 1.971, § I: «Son hábiles para entablar la acusación: 1.º Los cónyuges en todas las causas de separación y de nulidad, siempre que no hayan sido ellos la causa del impedimento.»

Petición jurídica (*iure facta petitio*) es la acción que se propone con el fin de obtener la dispensa del matrimonio rato y no consumado (canon 1.973). Por el contrario, en la Instrucción del 15 de agosto de 1936, artículo 34, la *petición jurídica* equivale a la *acusación* de la nulidad, puesto que en dicho documento se trata únicamente de las causas de nulidad. Parecido argumento puede deducirse del canon 1.970—del que es reproducción el artículo 34—, ya que al tribunal colegiado sólo se llevan las causas de nulidad.

Denuncia es la simple notificación del impedimento matrimonial hecha al Ordinario o al promotor de justicia.

Estos son los únicos conceptos, no muy bien perfilados, que

(1) WERNZ-VIDAL: *Ius Canonicum*, tom. V, De matrimonio, ed. 2.ª, número 698, II.

(2) CAPPELLO: *Tractatus Canonico-Moralis*, vol. V, De matrimonio, edición 5.ª, núm. 278.

(3) CORONATA: *Institutiones I. C.*, ed. 2.ª, a. 1941, *De Processibus*, núm. 1485.

(4) J. TORRE: *Processus matrimonialis*. Neapoli, a. 1947, pág. 31.

nos suministra la legislación vigente. Es manifiesto que el legislador no ha intentado darnos conceptos definidos y generales, sino que se ha contentado con exponer en diversos términos usuales y sinónimos la idea de acción o demanda judicial (acusación, petición jurídica) y la de mera notificación sin carácter de verdadera acción judicial (denuncia). Prueba de que el legislador no intenta acuñar conceptos genéricamente válidos es que habla de casos concretos: de la nulidad, de la separación, de la dispensa de matrimonio rato. Pero las causas matrimoniales no se reducen a éstas. La acción judicial puede recaer también sobre los esponsales, sobre la disolución del matrimonio en virtud del privilegio pauliano, sobre los efectos meramente civiles del matrimonio; en vez de la declaración de nulidad puede pedirse directamente la declaración de validez, etc. ¿Qué concepto y qué denominación son aplicables a la acción matrimonial, bien se la considere en abstracto, bien en sus diversas aplicaciones?

Hemos dicho que la legislación positiva no nos da una noción genérica de acción procesal aplicable a las causas matrimoniales, y es claro que no era preciso que la diese, porque ni esto atañe al legislador ni en materia matrimonial cabe una noción que difiera del concepto genérico de acción judicial. Sin embargo, es cierto que en las causas matrimoniales la legislación y la doctrina emplean frecuentemente una terminología particular. ¿Es posible fijar el significado canónico de estos términos? Para ello no basta atenernos a las expresiones aisladas contenidas en la legislación, que no siempre son coherentes y constantes. Debemos considerar conjuntamente el sentido que en los textos suelen tener dichas fórmulas, el que más convenientemente les atribuyen los autores, sobre todo en materia matrimonial, y el mismo significado técnico y propio de las palabras. Planteada así la cuestión, exponremos el significado que nos parece más propio de los tres términos arriba mencionados.

1.º *Acusación y petición jurídica.*—Ante todo es preciso afirmar que la *regularis accusatio* y la *iure facta petitio*, de las que habla el canon 1.970, no se diferencian sustancialmente. Esto parece indicar el mismo Código al unir ambas fórmulas con la partícula, en este caso declarativa, «vel» = «o». En este mismo y único sentido la emplea también, según ya dijimos, el artículo 34 de la Instrucción del 15 de agosto de 1936. La razón de la identidad fundamental entre la *acusación* del matrimonio y la *petición jurídica* resulta de que ambas contienen una verdadera *acción procesal* por la que se reclama un derecho y por la que se contrae la obligación de alegar pruebas en favor de lo que se pide. No obstante la identidad sustancial, entre la acusación del matrimonio y la petición jurídica se advierte fácilmente alguna diferencia accidental que promana del mayor o menor rigor con que el derecho reclamado nos es debido, a lo que puede añadirse la material odiosidad que se supone entrañar, por razón de su objeto, la acción

de nulidad matrimonial y que de ninguna manera existe en las otras causas. El derecho reclamado en la acción de nulidad es un derecho estricto que no lleva consigo ningún favor, y, por lo mismo, supuesta la prueba necesaria, no puede ser negado por la ley. Al contrario, en la petición de la separación de los cónyuges, y mucho más todavía en la petición de dispensa de matrimonio rato y no consumado, la concesión de lo que se pide implica siempre un favor de la ley o del superior que pudo ser denegado, al menos por la ley. Debemos añadir que en la dispensa pontificia del matrimonio rato y no consumado más que pedir un derecho lo que hay es un derecho de pedir que para que sea atendido debe justificarse, por lo cual, el proceso sobre esta causa es propiamente administrativo y solamente judicial en la forma. La demanda en este proceso más que acción es *solicitud* que por hacerse conforme a derecho puede llamarse *petición jurídica*.

De lo dicho se desprende la razón—no la necesidad—que se aprecia para reservar, doctrinalmente, el término de *acusación* a la acción de nulidad en las causas matrimoniales, designando con el más genérico y propio de *petición jurídica*, la acción de la separación de los cónyuges y de dispensa *super rato* mencionadas por el Código, así como todas las demás acciones que pueden suscitarse y de las que el Código no se ocupa al tratar de las causas matrimoniales.

Dentro del plano doctrinal y constructivo en que ahora nos situamos, podemos plasmar las ideas expuestas en las siguientes definiciones: *La acusación* del matrimonio es una acción judicial a la que va aneja la obligación de probar, por la que se pide la declaración de nulidad de un matrimonio. *Petición jurídica* es una acción judicial que lleva aneja la obligación de probar y por la que se pide la separación, la dispensa *super rato* o cualquier otro derecho distinto de la declaración de nulidad.

2.º *Denuncia*.—Los autores suelen definir la denuncia diciendo que es la notificación de la presunta nulidad del matrimonio hecha al Ordinario o al fiscal, a fin de que, si lo estiman oportuno, el fiscal entable la acusación ante el Tribunal competente. La *denuncia* se diferencia sustancialmente, contra la opinión de algunos (5), de la acusación y de la petición jurídica, porque la denuncia no es, por sí misma, acción judicial ni el que la propone se convierte después en actor ni contrae la obligación de probar, sobre todo después de incoado el proceso. La denuncia, en el proceso matrimonial como en el criminal, es un acto preliminar al juicio y a la acción que puede después de ella constituirse o no constituirse.

(5) TORRE: *Processus matrimonialis*, pág. 33.

IV. NECESIDAD DE LA DEMANDA

No han faltado quienes afirmaron que en las causas matrimoniales de nulidad no se da verdadera acción judicial. Pero esta afirmación es del todo infundada. El canon 1.970 y el artículo 34 de la Instrucción del año 1936 exigen que la acusación o petición jurídica preceda a toda actuación del tribunal colegiado, que es el que ha de intervenir en las causas de nulidad directamente consideradas en el canon y artículo citados. Es manifiesto que el mismo principio está vigente para las demás causas matrimoniales, verbigracia, las de separación, que no precisan ser tratadas por un tribunal colegiado. La excepción que en el Derecho de las Decretales se concedía en favor de los casos notorios, «*Super notorio procedit iudex nemine accusante*» (6), no puede mantenerse actualmente, porque está en pugna con los principios generales de Derecho y porque, no obstante el canon 1.990, en la legislación vigente no hay ninguna prescripción que, *en forma general*, atendida solamente la notoriedad del hecho y de cualquier hecho, autorice a incoar el proceso sin previa demanda o acción judicial. Sin este requisito todo el proceso sería inválido. Creemos que no se opone a esta última conclusión sobre la invalidez del proceso sin previa acción judicial la declaración de la Comisión de Intérpretes (4 enero 1946), en la que se dice que aun en el caso de que sea un cónyuge inhábil para acusar el matrimonio quien de hecho lo acusa, la sentencia es válida. Esta declaración, que se halla en desacuerdo con lo prescrito en el canon 1.892, 2.º y en el canon 11, y que ciertamente desvirtúa el principio general de la necesidad de la demanda para la validez del proceso, no deroga radicalmente el mismo principio, pues que, al fin y al cabo, la demanda materialmente existe y lo que hace la declaración de la Comisión Pontificia es negar la necesidad de la *legitimidad* de la demanda para la validez en las causas de separación y de nulidad. En estas causas interesa que la validez del proceso no esté a merced de la voluntad o condiciones subjetivas de las partes, sino que dependa únicamente de la realidad objetiva valorada por el tribunal competente. Por esta misma prevalencia de lo objetivo sobre lo subjetivo o de lo material y sustantivo sobre lo meramente procesal, se admiten en el proceso matrimonial de nulidad los llamados «casos exceptuados» de la mayoría de las reglas procesales, quedando a salvo tan sólo lo que reclama el derecho de propia defensa que en cualquier proceso, por sumario que sea, debe reconocerse a las partes litigantes. En estos «casos exceptuados» es en los que la acción o demanda judicial no se exige, pudiendo

(6) Capítulo 9 (rúbrica). N. V. I. El texto del capítulo IX citado, dice así. *Evidencia patrati sceleris non indiget clamore accusatoris*. También, según la Instrucción del Santo Oficio (20 junio 1883), se admitía en algunos casos la institución del proceso matrimonial meramente inquisitivo.

el juez proceder «de oficio» cual si se tratase de un acto administrativo, aunque en realidad el proceso es verdaderamente judicial.

V. QUIÉN DEBE SER EL ACTOR

A) Sujeto de la acción de nulidad en las causas de esponsales

La acción procesal en estas causas se ordena exclusivamente a obtener la reparación de los daños causados por el incumplimiento de la promesa de matrimonio (canon 1.017, § 3). Es una acción que se rige totalmente por los principios generales del proceso contencioso. Y como es una causa que tiene por objeto la defensa de un interés meramente privado, la acción judicial compete tan sólo a los mismos que contrajeron los esponsales. Sobre el derecho de representación en juicio tienen aplicación los principios generales como en cualquier otro proceso.

El *acatólico*, esté o no bautizado, carece, a tenor del canon 87, del derecho de acción. Así lo declaró la S. Congregación del Santo Oficio el 18 de enero de 1928 (*A. A. S.*, año 1928, pág. 75). El mismo Santo Oficio, con fecha 27 de febrero de 1937, declaró que el apóstata debe ser considerado como acatólico para los efectos de la declaración de 1928. La segunda declaración no fué publicada oficialmente (7); pero el 15 de enero de 1940 dió el Santo Oficio nueva declaración confirmando la misma doctrina, y esta declaración fué ya publicada en *A. A. S.*, año 1940, pág. 52. Si ocurrieren razones especiales para admitir la acción de un acatólico, se ha de recurrir en cada caso a la S. C. del Santo Oficio, conforme se dice en la misma respuesta dada por el Santo Oficio el año 1928 (8). Omitimos el hablar de otros impedimentos generales de la capacidad procesal, como, por ejemplo, la excomunión, que son también aplicables a las causas matrimoniales. Estos principios que hemos expuesto valen igualmente respecto de las demás causas de las que a continuación hablaremos.

B) Sujeto de la acción procesal en las causas de nulidad.

1.º *Los cónyuges en todas las causas, ya públicas ya ocultas.*—*Solamente los cónyuges* están legitimados en forma general para acusar la nulidad del matrimonio, cualquiera que sea la razón de la nulidad (9), con tal que no hayan puesto ellos mismos la causa

(7) Cfr. *Il monitore ecclesiastico*, año 1938, pág. 67.

(8) Cfr. la Instrucción de la S. Congregación de Sacramentos, año 1936, artículo 35 § 3.

(9) Decimos, «cualquiera que sea la razón de la nulidad», porque esta causa de nulidad de la que aquí se trata no es sólo el impedimento propiamente dicho, sino también la falta de consentimiento o la falta de forma canónica. Así lo declaró la Comisión de Intérpretes a 12 de marzo de 1929 (*A. O. S.* a. 1929, página 171), con estas palabras: *Utrum vox «impedimentis huius canonis (1971) § 1, núm. 1, intelligenda sit de impedimentis proprie dictis cann. 1067-1080, an etiam de impedimentis improprie dictis matrimonium dirimentibus* (cann. 1081-1103). *Resp. Negative ad primam partem, affirmative ad secundam.*

de la nulidad. Así se expresa el canon 1.971, § I: «Son hábiles para entablar la acusación: 1.º Los cónyuges, en todas las causas de separación y de nulidad, siempre que no hayan sido ellos causa del impedimento.»

Los cónyuges quedan privados del derecho de acusar el matrimonio: a) Si son acatólicos o apóstatas, conforme ya dijimos al hablar de las causas sobre los esponsales.

b) Quedan también privados del derecho de acusar el matrimonio cuando «ellos mismos fueron la causa del impedimento», según la frase imprecisa del canon 1.971, § I, núm. 1.º La amplitud o imprecisión de esta cláusula restrictiva ha dado lugar a innumerables discusiones y a varias declaraciones de la Comisión Pontificia de Intérpretes. Con arreglo a las palabras citadas del canon 1.971, aun interpretadas rigurosamente por tratarse de materia odiosa, cual es la privación de un derecho, los cónyuges podían demasiado fácilmente ser rechazados por el Tribunal como inhábiles para acusar el matrimonio. Cierzo que el matrimonio goza en derecho de una presunción favorable a su validez, pero no tal que se cierre la puerta al planteamiento mismo de la duda o controversia ante los tribunales eclesiásticos. La verdad y su prudente averiguación, ante todo, y la iniciativa en esto compete primordialmente a los mismos cónyuges. Por esta causa, tanto la doctrina privada como las declaraciones auténticas fueron precisando las palabras del texto canónico en sentido cada vez más restrictivo. Suprimir limitaciones o incapacidades equivale a ir ampliando el derecho de acusar el matrimonio y abrir por consiguiente el camino a la verdad.

La Comisión Pontificia declaró, con fecha 17 de julio de 1933, que no tiene capacidad para acusar el matrimonio el que hubiera sido causa *culpable* del impedimento o de la nulidad del matrimonio (10). Esta declaración es meramente declarativa. Decir que la causa de la nulidad del matrimonio que inhabilita para su acusación judicial ha de ser *culpable* no añade ninguna idea nueva ni aclara ninguna duda objetiva, ya que la culpabilidad estaba claramente sobrentendida en las palabras del canon 1.971, § I, 1.º Esta respuesta de la Comisión Intérprete fué recogida en el art. 37 de la Instrucción de la S. C. de Sacramentos, 15 agosto 1936, en su párrafo primero, con estas palabras: «El cónyuge es inhábil para acusar el matrimonio, si él fué causa culpable del impedimento o de la nulidad de aquél.» La misma Comisión cuidó de explicar este principio, haciendo algunas aplicaciones de él, en la respuesta del 17 de julio de 1933. Así declaró que el cónyuge que había puesto una causa honesta y lícita de la nulidad del matrimonio no se hacía inhábil para acusarlo, a tenor del canon 1.971, § I, 1.º, así como tampoco se hacía inhábil el cónyuge que, por medio o coacción, había consentido o cooperado a poner la causa de nulidad. Y la razón es que las leyes

(10) A. A. S., a. 1933, pág. 345.

meramente eclesiásticas no obligan en caso de coacción o miedo grave, sobre todo si son odiosas, como las penales y las que restringen el libre ejercicio de los derechos positivamente otorgados o reconocidos. Según esta doctrina y la declaración de la Comisión, ya tenemos como cosa averiguada y definida que únicamente el ser causa voluntaria y activa (no meramente pasiva) de la nulidad, y causa además culpable produce la inhabilidad para acusar el matrimonio. Las dos aplicaciones al caso del miedo o coacción y de la causa honesta se contienen también en el artículo 37, §§ 2 y 3 de la Instrucción del año 1936.

Hasta aquí la doctrina corría por amplio y llano cauce en el que no podía hallar obstáculo alguno; tratábase de interpretaciones declarativas que ni siquiera podían juzgarse del todo necesarias. Falta, empero, dar un último y decisivo paso, que sólo el autor de la ley o su delegado podía dar con seguridad y eficacia, porque el camino abierto por la ley era incierto y oscuro. Atendida la naturaleza de la acción matrimonial y considerado el texto canónico, la doctrina privada no podía decir, con seguridad, si para incurrir en la inhabilidad acusatoria del matrimonio bastaba la culpabilidad moral demostrable o se requería la *culpa jurídica* propiamente dicha que, a tenor del canon 2.199, produce el cuasidelito y que consiste en la ignorancia vencible de la ley o en la omisión de la diligencia debida, o bien era necesaria la culpa jurídica, llamada más propiamente *dolo* y que es, según el canon 2.200, § I, la intención deliberada de quebrantar la ley. El dolo ya se sabe que es un elemento constitutivo del delito. Las sentencias de los autores se hallaban muy encontradas y, como la controversia era grave, tuvo que ser resuelta por la Comisión de Intérpretes.

La declaración lleva la fecha del 27 de julio de 1942 (11) y es del tenor siguiente: «D. Si según el canon 1.971, § I, 1.º, y la respuesta del día 17 de julio de 1933 ad II, ha de tenerse como inhábil para acusar el matrimonio solamente el cónyuge que fué causa directa y dolosa ya del impedimento, ya de la nulidad del matrimonio, o también el cónyuge que fué causa, ya indirecta ya carente de dolo, del impedimento o de la nulidad del matrimonio. R. afirmativamente a la primera parte; negativamente a la segunda.»

Esta declaración marca la etapa más decisiva en la interpretación del canon 1.971 por lo que respecta al derecho de acción procesal que corresponde a los cónyuges. La Comisión Pontificia, no obstante el favor de que goza el matrimonio, ampara ampliamente el derecho natural de los cónyuges a acusar la nulidad del matrimonio. Únicamente cuando éstos son, no de cualquier modo culpables y causantes de la invalidez, sino causa directa y dolosa de ella, quedan privados del derecho de acusar su matrimonio. Ahora importa conocer lo que es *causa directa y dolosa*, pero la cuestión

(11) A. A. S., XXXIV, pág. 241.

no es tan facil como parece. La dificultad versa más que todo sobre el *objeto* de la causa directa y dolosa. Caben dos interpretaciones.

Primera interpretación. Causa *directa* de la nulidad del matrimonio, dentro del orden jurídico, es aquella que objetiva y subjetivamente se ordena y busca el efecto de la nulidad. Es lo que los moralistas llaman *voluntario in se*, opuesto al *voluntario in causa*. Así, los que se casan con intención de evitar la prole, negando no sólo el uso, sino el mismo derecho al acto conyugal legítimo, pero lo hacen creyendo que tal proceder, aunque pecaminoso, no produce la nulidad, son causa, ciertamente, de la nulidad, mas no causa *directa*, sino indirecta. Igualmente diremos que no se da la causa *directa* de la nulidad cuando, aunque se conozca que de la forma o condición puesta se sigue la nulidad, no es ésta lo que se intenta, sino otro efecto que también y a la vez se sigue de la misma acción o circunstancia.

Se requiere además ser causa *dolosa* de la nulidad, para que se origine la *inhabilidad* en orden a la acusación del matrimonio. No toda causa *directa* es causa *dolosa*, dice el citado abogado de la Rota Romana, J. Torre (12). Mas, según la definición de *causa directa* que nosotros acabamos de dar, esta afirmación no puede sostenerse. Al contrario, deberemos decir que toda causa *directa*—objetiva y subjetivamente ordenada a producir la nulidad—es necesariamente *dolosa*. Pero no toda causa dolosa es directa, según esta primera interpretación que ahora exponemos, porque puede haber intención o voluntad deliberada de quebrantar la ley que se opone a contraer matrimonio inválido, pero de tal manera que esta voluntad recaiga no sobre la misma nulidad, sino sobre su causa que es el impedimento, o la falta de consentimiento, o la falta de forma.

El legislador eclesiástico solamente priva del derecho de acusar el matrimonio al cónyuge, que, directa y dolosamente, es causa de la nulidad, y por consiguiente, según la primera interpretación, no sólo produce, sino que intenta también directamente producir la misma nulidad. De esta opinión es Monseñor Roberti quien se expresa así: «*Cum Dodex et responso Pontificiae Commissionis* (se refiere a la respuesta del 17 de julio de 1933) *loquantur de causa impedimenti et non de facto ex quo oritur impedimentum videtur etiam intentio requiri. Quare non sufficit ut quis illicitatem fecerit, sed necesse est ut fecerit in ordine ad matrimonium* (13). La nueva respuesta que con posterioridad a la fecha en que esta doctrina se expuso dió la Comisión Intérprete (27 julio 1942) parece corroborar esta sentencia, puesto que habla de *causa directa y dolosa de la nulidad*.

En cuanto a la *prueba del dolo* debe advertirse lo que dice el

(12) TORRE: *Processus matrimonialis*, pág. 48.

(13) ROBERTI: *Apollinaris*, a. 1933, pág. 433.

canon 2.200, § 2: «Quebrantada externamente la ley, hay presunción de dolo en el fuero externo.»

Segunda interpretación: Hemos expuesto la doctrina que menos restringe el derecho natural de los cónyuges a acusar el matrimonio inválido. Pero puede darse a la respuesta de la Comisión Pontificia otra interpretación más amplia y por lo mismo más restrictiva del derecho de acusar el matrimonio. Puede considerarse que la causa directa y dolosa se refiere no precisamente al efecto, que es la nulidad del matrimonio, sino al hecho mismo que la produce, o sea, al impedimento dirimente o falta de consentimiento, o defecto de forma canónica. También la respuesta de la Comisión Pontificia da pie a esta interpretación, puesto que habla de causa directa y dolosa *ya del impedimento*, ya de la nulidad, y lo mismo que se dice del impedimento cabe afirmarlo de los otros hechos generadores de la nulidad, es decir, del defecto de consentimiento y del defecto de forma canónica. En esta segunda interpretación ni la intención de la nulidad ni su conocimiento influirían en la existencia de la inhabilidad para acusar el matrimonio. Esta segunda sentencia que ahora exponemos es la que parece aceptar el P. Cappello (14) cuando afirma que las palabras de la Comisión Intérprete (se refiere también a la declaración de 27 de julio de 1942), «causa culpable ya del impedimento, ya de la nulidad del matrimonio», se han de entender *dísyuntiva* no copulativamente.

En resumen: La *inhabilidad* para acusar el matrimonio se produce cuando el cónyuge es causa directa y dolosa *de la nulidad* o, según la sentencia más amplia y más restrictiva del derecho de acusar, *del hecho* en que se funda la misma nulidad. La mera ignorancia de la *inhabilidad* para acusar el matrimonio, bien se la considere como pena, que es la sentencia más probable, bien como sanción administrativa, no impide, supuestas las demás condiciones, que la inhabilidad exista.

Después de sentar el principio general de la capacidad de los cónyuges para acusar su propio matrimonio en toda clase de causas, lo mismo públicas que privadas, y de señalar los casos en que los cónyuges quedan privados de tal derecho, es menester precisar el alcance de esta privación. Esto equivale a preguntar *si el derecho de acusar es sinónimo de la acción judicial* o de lo que, pleonásticamente podemos llamar derecho de acción. En términos más concretos, la cuestión que se plantea es si el cónyuge, al quedar privado del derecho de *acusar* la nulidad, deja de ser *actor* en el proceso.

La cuestión ha sido ya muy debatida, pero dista mucho de hallarse resuelta. Pueden distinguirse *tres posiciones*. *Primeramente* la que afirma que el cónyuge inhábil para acusar el matrimonio parece en todo el proceso del derecho de acción, es decir, que ya no

(14) CAPPELLO: *De Sacramentis*, ed. 5.^a, núm. 878, pág. 5.

puede intervenir como actor en el proceso ; el verdadero actor continúa siendo el mismo acusador (15).

La *segunda posición* es la de aquellos que opinan que, una vez hecha la acusación por el fiscal en sustitución del cónyuge inhábil, éste puede ya convertirse en actor, porque se ha removido el impedimento, que era la inhabilidad para acusar la nulidad del matrimonio, es decir, para dar al proceso el primer impulso. Puesto en marcha el proceso, cada figura de él recobra y ejerce su propio oficio y el de *actor* corresponde exclusivamente a los cónyuges cuando no se trata de impedimentos por su naturaleza públicos. Con la aceptación del libelo, dice Lazzarato (16), cesa el acusador y con la concordancia del dubio surge el actor. Algunos autores llegan a afirmar que una vez hecha la acusación por el fiscal, el cónyuge se convierte siempre en actor aun cuando no tenga voluntad de serlo ; pero esto contradice a la función propia del actor, la cual tiene por característica el ser siempre voluntaria.

La *tercera posición* es la intermedia que nosotros creemos puede exponerse así: La acusación es una forma de acción judicial. El proceso se ordena a resolver la acción o petición del actor, la cual debe mantenerse inalterable hasta la ejecución de la sentencia, tanto en el elemento subjetivo como en el causal y objetivo. Si cesa la acción o cambian sus elementos, se interrumpe todo el proceso.

El que es inhábil para entablar por vez primera la acción lo es también para mantenerla en su propio nombre mientras la causa de la incapacidad subsista. Y aquí la causa de la incapacidad es un hecho pasado que no cambia, a diferencia de otros motivos, como la menor edad o la demencia, que pueden pasar. Los cónyuges sólo pueden ser o sujeto pasivo de la acción (*pars conventa*) o auxiliares del verdadero actor, que en el presente caso es el promotor de justicia, bien sea que obre por propia iniciativa, bien a instancia o *previa denuncia* de otra persona, la cual puede ser el mismo cónyuge inhábil. Creemos que los cónyuges inhábiles nunca son actores propiamente dichos, aunque pueden actuar—sin serlo rigurosamente—*como interventores no principales, sino adhesivos*, que ayudan al promotor de justicia, poniéndose a su lado, porque tienen en la causa un máximo interés particular, coincidente con el interés público que el promotor de justicia defiende (17).

Concretando nuestro pensamiento y penetrando un poco más en el fondo de la cuestión, diremos que existen dos razones de carácter procesal para negar que los cónyuges inhábiles puedan hacer directamente suya la acción instituida por el promotor de justicia. La primera ya queda indicada y es que en un mismo proceso las

(15) Cfr. ROBERTI: *Apollinaris*, a. 1930, pág. 249.

(16) LAZZARATO: *Rassegna di monle e diritto*, a. 1940, pág. 104.

(17) CAPPELLO niega expresamente que los cónyuges, cuando son inhábiles para acusar, puedan intervenir como *terceros en la causa*. (o. c., *De Sacramentis*, núm. 882).

partes contendientes no pueden mudarse, de donde se sigue que los cónyuges no pueden sustituir en su función de actor al fiscal que fué quien instituyó la acción judicial. La segunda razón se refiere a la naturaleza misma de la acción procesal. La acción propuesta por el fiscal es de indole pública y se ordena a proteger un interés también público; luego esta misma acción no puede ser proseguida por una persona privada, la cual no puede constituirse en defensora del bien público. Para que la naturaleza de la acción no se cambie es preciso que la acción sea proseguida por una persona pública, lo cual no impide que la persona privada pueda intervenir buscando su propio interés y coadyuvando a la defensa del bien público. Se comprende que, de ordinario, será uno solo de los cónyuges el que se pone al lado del promotor de justicia, estando el otro al lado del defensor del vínculo, aunque también puede suceder que ambos tomen idéntico partido.

No se opone al carácter primario que en los casos dichos desempeña el promotor de justicia la nomenclatura canónica que habla siempre—por lo que comúnmente suele acontecer—de la *intervención* del fiscal, como de la del defensor del vínculo. En el caso que ahora estudiamos los que *intervienen* o pueden intervenir son los dos cónyuges, sea con intervención voluntaria sea con intervención necesaria (cánones 1.852, 1.853).

De lo dicho se deduce que no vemos razón para distinguir, como hacen varios autores (18), entre la acusación propuesta por el fiscal *sin previa denuncia* y la propuesta, *previa denuncia* de los cónyuges. Tanto en un caso como en el otro es el fiscal, durante el proceso, el verdadero y único actor principal.

La doctrina expuesta y defendida por nosotros sobre el oficio del promotor de justicia y de los cónyuges inhábiles para acusar el matrimonio explica cabalmente, según creemos, lo que la Instrucción de 1936 establece en el artículo 46 y que, si admitimos que el cónyuge es verdadero actor, resulta poco conforme con el derecho de defensa que compete siempre al actor. Dice así el artículo 46: «Instituída la causa por el promotor de justicia, a tenor de los artículos 35, § I, núm. 2; 38 y 39, el cónyuge al que no compete el derecho de acusar el matrimonio puede nombrar su abogado; pero si el promotor de justicia retira la acusación o no apela contra la sentencia dada, cesa el oficio del abogado del actor.» Las palabras de este artículo revelan bien a las claras que el cónyuge inhábil no es nunca actor principal o independiente, puesto que no puede apelar y ni siquiera defenderse cuando el promotor retira la demanda o no apela, y, por otra parte, revelan que el cónyuge no es del todo extraño al proceso, ya que, dependientemente de la acción del promotor, puede también él nombrar abogado. Concluimos reiterando nuestra afirmación de que la figura de *interventor adhesivo*, ya en forma activa ya en forma pasiva, es, según nues-

(18) J. TORRE: *Processus matrimonialis*, pág. 34.

tro sentir, la propia, en cuanto al modo de obrar, de los cónyuges inhábiles para acusar la nulidad del matrimonio. Claro es que si no son llamados a intervenir, los cónyuges pueden permanecer inactivos, pues no siendo actores directos no recae sobre ellos la carga de la prueba.

Una grave objeción parece que podría ponerse a nuestra teoría y es que si los cónyuges son *terceros* en el proceso matrimonial cuando se hallan privados del derecho de acusar no deberían verse directamente afectados por la sentencia. Pero luego se advierte que la objeción se basa en un equívoco. No cabe duda que los cónyuges, y solamente ellos, son los *sujetos de la litis*, es decir, de la materia controvertida, considerada bajo el punto de vista del interés particular. Por esta causa no puede menos de recaer sobre ellos la sentencia judicial. Mas los cónyuges, que normalmente deberían ser también los *sujetos de la acción judicial*, por disposición de la ley y en pena de su delito, según la opinión más probable, están privados de este derecho o no disponen plenamente de él, sino que sólo en forma concomitante y accesoria pueden ejercerlo, haciendo, procesalmente, en su propia causa, el mero papel de *terceros*, a los que sólo se les permite *intervenir* subsidiariamente.

No obstante todo lo dicho acerca de la incapacidad de los cónyuges para acusar, en algunos casos excepcionales, la nulidad del matrimonio, si, de hecho, son ellos mismos los que presentan la acusación o acción procesal y los que durante todo el proceso la sostienen, en vez de hacerlo el fiscal, la sentencia dada es plenamente válida. Así lo declaró la Comisión Pontificia el 4 de enero de 1946 (19). Según la doctrina que nosotros hemos propugnado, esta declaración de la Comisión Pontificia de Intérpretes, ya lo hemos dicho, deroga la norma general establecida en el canon 1.892, 2.º, que dice así: «La sentencia adolece de vicio de nulidad insanable cuando ha sido dada entre partes de las que una al menos carece de personalidad para comparecer en juicio.» En cambio, según la opinión de los que juzgan que los mismos cónyuges inhábiles para acusar son verdaderos actores en el proceso, la declaración de la Comisión no contiene excepción alguna respecto del canon 1.892.

2.º *El fiscal sin previa denuncia.*—Puede el fiscal acusar la nulidad del matrimonio cuando se trata de impedimentos públicos por su naturaleza (canon 1.917. § I, 2.º). En este caso el derecho del fiscal es cumulativo con el derecho de los cónyuges, a menos que éstos, excepcionalmente, estén privados del derecho de acusar, conforme ya queda declarado (20). El fiscal debe presentar la acusación ante el tribunal competente, o sea, ante aquel que lo se-

(19) A. A. S., XXXVIII, pag. 162.

(20) En el Derecho antiguo (Instrucción del Santo Oficio, a. 1883, § 1, se permitía a cualquier fiel acusar la nulidad del matrimonio por causa de un impedimento público.

ria si uno de los cónyuges hubiera de entablar la misma demanda (canon 1.964).

Cuando se trata de estos impedimentos públicos, por su naturaleza, no es menester que preceda la *denuncia*, sino que el fiscal puede directamente presentar la acusación, en razón de su propio oficio (*jure proprio*), conforme se dice en el artículo 35, § I, 2.º de la Instrucción del año 1936, y ya antes lo había declarado la Comisión de Intérpretes el 17 de julio del año 1933 ad IV (21)

También en el número 2.º del canon, 1.971, § I, al igual que en su número 1.º, el término *impedimento* debe entenderse en sentido amplio e impropio, comprendiendo toda causa de nulidad matrimonial. El impedimento o causa de la nulidad ha de ser *público por su naturaleza* para que el fiscal pueda, sin previa denuncia, acusar el matrimonio.

El concepto de *publicidad* que aquí se considera no es el de *divulgación* actual o futura que se aplica a los delitos (canon 2.197), porque la acusación no se funda en la existencia de un delito, sino en el concepto que tiene lugar respecto de los impedimentos matrimoniales. «Se considera público, dice el canon 1.037, el impedimento que se puede probar en el fuero interno; en otro caso es oculto». La divulgación no se requiere, pero, si existe, lleva consigo, como es lógico, la demostrabilidad.

Más difícil resulta explicar lo que se entiende por impedimentos públicos *por su naturaleza*. ¿Qué ha querido significar el legislador con las palabras «por su naturaleza»? pregunta Mons. L. Miguélez, Decano de la Rota Matritense. Y contesta él mismo exponiendo la doble sentencia de las canonistas con unas palabras que queremos citar aquí, pues, aunque la cita sea larga, la cuestión no podría exponerse más concisamente. «Según el sentir más común de los canonistas—dice—es impedimento público por su naturaleza aquel que se funda en un hecho de *suyo público*, o porque se realiza públicamente, verbigracia, la ordenación sagrada, o porque debe ser consignado en los registros oficiales de la Iglesia, verbigracia, la consanguinidad legítima, o, finalmente, porque puede ser comprobado por el testimonio de un testigo autorizado, verbigracia, el matrimonio anterior celebrado. Bajo este aspecto, al impedimento público por su naturaleza, se contraponen el impedimento *por su naturaleza oculto*, cual es el impedimento de crimen o el de consanguinidad proveniente de cópula ilícita. A esta opinión parece favorecer la declaración de la Comisión Pontificia de Intérpretes de 28 de diciembre de 1927 (A. A. S., XX, 61), la cual habla de impedimentos *ocultos por su naturaleza*. Mas la Rota Romana llama repetidamente impedimentos *públicos por su naturaleza* solamente a aquellos que *principalmente* tienen por fin la utilidad pública, identificándolos con los impedimentos llamados de *derecho público*, cuales son la consanguinidad, el orden sagrado,

(21) A. A. S., a. 1933, pág. 345.

etc6tera. A 6stos se oponen, no los impedimentos ocultos por su naturaleza, sino los impedimentos *de derecho privado*, los cuales, seg6n la Rota, solamente son tres, tomando dos de ellos en sentido lato: el de error de condici6n servil, la fuerza o miedo y el de impotencia oculta. Todos los dem6s fuera de estos tres son impedimentos p6blicos por su naturaleza, incluso el de crimen, que ordinariamente proviene de un hecho ocult6simo» (*S. R. R. D.*, 11 agosto 1928, XX, 405; 30 de enero 1936, XXVIII, 75)» (22).

Como el C6digo habla de impedimentos p6blicos *por su naturaleza*, cabe preguntar si el fiscal puede, sin previa denuncia, acusar el matrimonio cuando el impedimento es *por su naturaleza* oculto, pero los mismos c6nyuges lo han divulgado o dado base a la divulgaci6n que efectivamente se ha producido. Algunos autores, demasiado adheridos a la letra del canon, niegan que el fiscal pueda acusar el matrimonio cuando la causa de nulidad se ha divulgado; pero es, por su naturaleza, oculta. As6, por ejemplo. De Smet (23) y Coronata (24). El Padre Noval (25), por el contrario, as6 como tambi6n Cappello (26), Regatillo (27) y la mayor parte de los autores admiten el derecho del fiscal para acusar el matrimonio, porque la publicidad de hecho se equipara y aun es m6s que la publicidad de derecho o intr6nseca, y porque se seguir6a verdadero esc6ndalo de mantenerse sin impugnaci6n un matrimonio que es conocido p6blicamente como inv6lido. Es preciso, sin embargo, que el testimonio de quien afirma la invalidez merezca y obtenga el general asentimiento. De no poder denunciar el fiscal, en este caso, el matrimonio, frecuentemente no habr6a ninguna soluci6n judicial, porque los c6nyuges suelen ser en esta hip6tesis causa directa y dolosa de impedimento. Confirma la doctrina expuesta el art6culo 38 de la Instrucci6n del a6o 1936, aunque aqu6 se trata de la denuncia hecha por el fiscal cuando precede la denuncia del mismo c6nyuge.

3.º *El fiscal con denuncia previa. ¿Qui6n puede hacer la denuncia?*—«Los dem6s (fuera de los c6nyuges), dice el canon 1.971, § 2, aunque sean consangu6neos, no tienen derecho a acusar los matrimonios, sino solamente a denunciar la nulidad al Ordinario o al fiscal.»

Anteriormente expusimos el concepto de *denuncia*, la cual no es sino la notificaci6n hecha al Ordinario o al fiscal del motivo por el que un matrimonio se juzga inv6lido. Aunque la alegaci6n de este motivo debe ir apoyada en un fundamento razonable a fin de que pueda ser atendida y elevada a acusaci6n judicial, si as6 pare-

(22) MIGU6LEZ: *C6digo de Derecho Can6nico*, ed. 5.ª, comentario al c. 1037, B. A. C., Madrid, 1954.

(23) SMET: *De spon. et matr.*, n6m. 703.

(24) CORONATA: *Institutiones I. C.*, ed. 2.ª, vol. III, n6m. 1486, b.

(25) NOVAL: *De Processibus*, n6m. 850.

(26) CAPELLOH o. c., n6m. 878, 6.

(27) REGATILLO: *Inst. I. C.*, II, n6m. 751, 2.º

ciere oportuna al Ordinario o al fiscal, de por sí la denuncia no es todavía un acto judicial, una verdadera demanda de acción, sino tan sólo un acto preliminar. Por esta causa el denunciante no es nunca actor en la causa ni le atañe a él la carga de la prueba judicial.

Aun cuando el canon dice *que todos los demás* tienen derecho a denunciar la nulidad de los matrimonios, esto no significa que los mismos cónyuges no puedan *denunciar* su propio matrimonio. Pueden hacerlo, pero sólo cuando están privados del derecho de *acusar*. Si ellos mismos pudiesen acusar o presentar la verdadera acción, no habría motivo para pretender transferir al fiscal el ejercicio de su derecho. La doctrina expuesta ha sido declarada explícitamente por la Comisión Intérprete con fecha 17 febrero 1930. He aquí sus palabras: «An coniuges qui iuxta can. 1.971, § I, 1.º et interpretationem diei 12 martii 1929, habiles non sunt ad accusandum matrimonium, vi eiusdem canonis § 2 ius saltem habeant nullitatem matrimonii Ordinario vel promotori iustitiae denunciandi. R. Affirmative» (28). Lo mismo afirma la Instrucción del año 1936, artículo 37, § 4. Y nada tiene de extraño que se otorgue el derecho de denunciar el matrimonio a los mismos cónyuges que son inhábiles para acusarlo, ya que la denuncia es muy diferente de la acción o acusación y, por otra parte, la simple denuncia o notificación hecha por los cónyuges es un medio muy apto, a veces único, para que pueda ser averiguada y judicialmente declarada la nulidad del matrimonio. La denuncia debe de hacerse al Ordinario o fiscal del tribunal competente, a tenor del canon 1.964 (29).

Distinto es el caso de la denuncia presentada por un acatólico o por un apóstata. Aunque éstos carecen del derecho de acción, no están rigurosamente privados del derecho de denuncia. Sin embargo, la denuncia no se admite de modo que pueda convertirse en acusación fiscal, *nisi bonum publicum Ordinarii iudicio id postulet* (30).

El *objeto* de la denuncia son los impedimentos o motivos de nulidad que *por su naturaleza no son públicos*, ya que sobre los que lo son lleva siempre la iniciativa el mismo fiscal y, si hay denuncia, ésta tiene carácter meramente privado sin ninguna consideración ni efecto jurídico.

Después de presentada la denuncia, el fiscal es libre, por regla general, para entablar o no la acusación según a él le pareciere oportuno, es decir, según que la denuncia tenga o no fundamento sólidamente probable. El Ordinario nunca presenta la acusación al tribunal, aun cuando la denuncia hubiera sido hecha a él mismo directamente, sino que, dado caso que la denuncia le parezca

(28) A. A. S., a 1930, pág. 196.

(29) Pontificia Comisión de Intérpretes, 6 diciembre 1943 (A. A. S., XXXVI, pág. 94).

(30) Sto. Oficio, 22 marzo 1939; A. A. S., a. 1940, pág. 52.

atendible, pondrá el asunto en manos del fiscal de su tribunal (31).

Contra la negativa del promotor de justicia a entablar la acusación del matrimonio, el denunciante puede interponer recurso, por vía administrativa, al Ordinario, quien, como Superior del promotor de justicia, puede obligarle a incoar el proceso judicial. Le es permitido también al denunciante recurrir a la Sagrada Congregación de Sacramentos.

No obstante la regla anunciada sobre el libre derecho de acusación, previa denuncia, el fiscal tiene a veces limitado este derecho. Tanto el derecho de acusación por el fiscal como la limitación de este derecho están regidos por dos principios: primero y supremo, el de la declaración de nulidad cuando ésta puede demostrarse judicialmente y la declaración es directamente exigida por el bien público. Segundo principio, el de la no declaración procesal de la nulidad existente y demostrable, cuando la *causa* de nulidad fué puesta culpablemente, o al menos voluntariamente, por alguno de los cónyuges y el bien no reclama con notoria urgencia la declaración.

Aplicación y conjugación muy ponderadas de estos dos principios anteriores son los artículos 38 y 39 de la Instrucción del año 1936. He aquí su texto. *Artículo 38*, § 1: «Cuando se trata de una denuncia de nulidad hecha por el cónyuge o cónyuges, fundada en que uno de ellos o ambos:

a) Por un acto positivo de su voluntad excluyeron el matrimonio mismo, o todo el derecho al acto conyugal o alguna propiedad esencial del matrimonio, o bien,

b) Pusieron alguna condición contra la sustancia del matrimonio, no acusará el fiscal el matrimonio, sino que exhortará con ahínco al cónyuge o cónyuges a que atiendan a su conciencia, y, si es posible, remuevan la causa del impedimento: verbigracia, prestando debidamente nuevo consentimiento.

§ 2. Pero si la supuesta nulidad del matrimonio se ha hecho ya pública y hay en realidad escándalo, pero el denunciante ha dado verdaderas señales de arrepentimiento, a juicio del Ordinario, y al mismo tiempo la causa de nulidad se funda, en cuanto a los hechos y al derecho en argumentos tan ciertos y firmes que es completamente probable la nulidad del matrimonio, en este caso el fiscal tiene el derecho y el deber de acusar en forma el matrimonio denunciado.»

El artículo 39 completa así la materia: «Mas si la nulidad del matrimonio la denuncian el cónyuge o cónyuges que fueron causa culpable del impedimento o de la nulidad del mismo, el fiscal, siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo precedente, no entablará la acusación si no concurren estos tres requisitos:

a) Que se trate de impedimento que se haya hecho público y se

(31) Instr. *Provida Mater*, de la S. C. de Sacramentos, 15 agosto 1936, art. 40.

halle fundado, en cuanto a los hechos y el derecho, en argumentos tan ciertos y firmes que no pueda haber duda razonable acerca de la existencia y fuerza del impedimento.

b) Que verdaderamente, a juicio del Ordinario, lo exija el bien público, esto es, la remoción del escándalo.

c) Que no pueda conseguirse, una vez que haya cesado el impedimento, que se celebre debidamente el matrimonio.»

Como complemento de la *acción de nulidad matrimonial* haremos una sola indicación sobre la acción contraria, que es la *declaratoria de validez*. Puede también darse un interés legítimo en la declaración de la validez del matrimonio cuando esta validez es de hecho negada sin que judicialmente se la impugne. En este caso, el cónyuge interesado en mantener la validez puede pedir su declaración judicial, con tal que no sea acatólico, ya que este es un impedimento general. El otro impedimento de la acción judicial que resulta de ser el actor causa directa y dolosa del impedimento o de la nulidad no es de presuponer que exista en quien judicialmente pide la declaración de validez. Pero si el dolo y avilantez llegasen a este extremo, el actor debería ser rechazado de oficio o a instancia de la parte demandada, siempre que se pueda probar la excepción de incapacidad del actor.

C) *Sujeto de la acción procesal en las causas de separación de los cónyuges.*

En las *causas de separación* únicamente son hábiles para instituir la acción procesal los mismos *cónyuges*. Así lo prescribe el canon 1.971, § 1, 1.º, con estas palabras: «§ 1. Son hábiles para entablar acusación: 1.º Los cónyuges, en todas las causas de separación y de nulidad, siempre que no hayan sido ellos causa de impedimento.» El fiscal no puede proponer la acción judicial en las causas de separación, pues el derecho que le concede el canon 1.971, § 1, 2.º, se refiere tan sólo a las causas de nulidad. Ni siquiera puede hablarse del derecho del fiscal, previa denuncia, ya que ésta no se admite en las causas de separación. Y la razón de negar al fiscal el derecho de acción es porque en estas causas, aunque interviene el interés público, prevalece el interés particular.

En cuanto a los motivos por los que los cónyuges quedan privados de esta acción procesal, vale lo dicho acerca del acatólico. Respecto del otro motivo de privación que es ser *causa directa y dolosa*, debe observarse que el canon 1.971, § 1, 1.º, dice *causa del impedimento*, lo cual sólo puede referirse a las causas de nulidad, de idéntica forma que en el número 2.º del mismo canon la palabra «impedimentos» dice relación solamente a estas mismas causas de nulidad. Sin embargo, en el canon 1.129, § 1, se señalan varias causas por las que los cónyuges, aun habiendo dado motivo la otra parte para la separación no pueden pedirla, porque el derecho prohíbe concederla. He aquí el texto del § 1 del canon 1.129: «Por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permane

ciendo el vínculo, romper, aun para siempre la vida en común, a no ser que él haya consentido en el crimen o haya dado motivo para él, o lo haya condonado expresa y tácitamente, o «el mismo lo haya también cometido.»

D) *Sujeto de la acción procesal en el matrimonio rato y no consumado.*

El proceso sobre el matrimonio rato y no consumado no es propiamente judicial, sino de carácter administrativo; pero como se desarrolla, principalmente en su período probatorio, en forma judicial, se le puede aplicar también el concepto genérico de acción o más propiamente de petición jurídica, y hablar del sujeto de ella, como lo hace el mismo Código. En la Instrucción dada por la Santa Congregación de Sacramentos, el 7 de mayo de 1923 (32), se advierte que, atendida la naturaleza singular de este proceso, conviene que al cónyuge que pida la dispensa no se le designe con el nombre de *actor*, sino de *orador*; mas al cónyuge llamado a juicio por el otro se le denominará propiamente parte *demandada*, a no ser que él mismo juntamente con el otro pida la dispensa.

El escrito suplicatorio se ha de dirigir siempre a nombre del Romano Pontífice y se ha de remitir a la Sagrada Congregación de Sacramentos (n. 6 de la Instrucción de la S. C. de Sacramentos, año 1923). Es conveniente, se añade en los números 7 y 8, que la petición sea remitida por medio del Ordinario propio, que es el del lugar donde se celebró el matrimonio, o donde el orador tiene domicilio o cuasidomicilio. Es lícito también al orador acudir al Ordinario de su residencia actual, pidiendo la recomendación de las preces.

Es digno de notarse que en el matrimonio rato y no consumado, a diferencia de los demás procesos, aun la *parte acatólica* puede pedir la dispensa y, si lo hace por medio del Ordinario correspondiente, éste deberá remitir la petición a la Sagrada Congregación de Sacramentos, añadiendo las explicaciones necesarias (n. 9, § 2). Una causa particularísima existe por la que se priva a las cónyuges del derecho de pedir la dispensa o disolución del matrimonio legítimamente contraído pero no consumado. Expondremos esta causa, traduciendo textualmente el número 11 de la Instrucción del 7 de mayo de 1923:

«§ 1. Si por el escrito en el que se pide la dispensa, o por la tramitación de la causa ya comenzada, o por otras indagaciones a tenor del número 9, constase que los cónyuges habían evitado en absoluto la consumación del matrimonio a causa del vicio de restable del onanismo, entonces al orador o a ambos cónyuges, si de común acuerdo piden la dispensa, se les advertirá que no puede instruirse la causa o que no se puede pasar adelante.

§ 2. Pero si el orador manifiesta que él en manera alguna par-

(32) A. A. S. XV. pág. 389 y ss.

ticipó en el crimen, sino que fué víctima de las costumbres, depravadas del otro cónyuge, o aunque confiese que no ha sido inocente, declara, sin embargo, que al presente las cosas han llegado a tal extremo que no es posible la restauración de las relaciones conyugales y que está sinceramente arrepentido de su pecado y promete seriamente que si contrajera nuevo matrimonio en modo alguno volvería a mancharse con crimen tan nefando, entonces el juez someterá el caso a esta Sagrada Congregación.»

La petición de la dispensa pontificia en el matrimonio rato y no consumado puede tener lugar al tramitarse la causa de nulidad del matrimonio; si en vez de probarse la nulidad resulta probada o muy probable la *inconsumación* del matrimonio, entonces un cónyuge, o ambos a dos, puede pedir la dispensa apostólica (Instrucción, núms. 3 y 4).

En lo tocante a la *prescripción de la acción procesal*, tanto en las causas de nulidad como en las de separación y las del matrimonio rato y no consumado, basta alegar las palabras del canon 1.701 en el que se dice: «Las acciones relativas al estado de las personas no se extinguen nunca.» Se refieren al estado de las personas no sólo las de nulidad o de dispensa pontificia, sino también las de separación de los cónyuges. Esto último fué declarado por la Comisión Intérprete el 8 de abril de 1941 (33). Con todo, en las causas de nulidad, el canon 1.972 establece una excepción, aunque tan obvia que apenas merece tal nombre. Dice así el mencionado canon: «El matrimonio que se acusó viviendo los dos cónyuges, de tal manera se supone válido después de la muerte de uno de ellos o de ambos, que no se admite prueba contra esta presunción, a no ser en el caso de que la cuestión surja incidentalmente.» La razón principal de incoar directamente el proceso de nulidad matrimonial ante el tribunal eclesiástico es la razón de pecado, que en el supuesto del canon 1.972 ya no puede verificarse.

E) *Sujeto de la acción procesal en las demás causas matrimoniales.*

Omitimos el hablar de la *disolución del matrimonio* por causa del llamado *privilegio paulino*, porque la disolución, en este caso, cuando el cónyuge que permanece en la infidelidad después de haber sido interpelado por el otro convertido a la fe cristiana, se niega a convertirse o a convivir pacíficamente con éste, se realiza sin necesidad de recurso a los tribunales eclesiásticos.

Las *causas sobre efectos espirituales* del matrimonio o *efectos temporales inseparables* deben llevarse al tribunal eclesiástico y de ninguna manera al civil. La acción o demanda judicial compete exclusivamente, en este caso, a los directamente interesados, es decir a los *cónyuges* mismos como tales o como padres, y a los hijos, según sea la causa de que se trate.

(33) A. A. S., XXXIII, pag. 173.

Las *causas matrimoniales en sentido amplio* o sea, «las causas acerca de los efectos *meramente civiles* del matrimonio, dice el canon 1.961 ya anteriormente citado que, si se tratan como causa principal, pertenecen al magistrado civil, en conformidad con el canon 1.016; pero si como causa incidental y accesoria, puede también el juez eclesiástico conocer en ellas y sentenciarlas en virtud de su potestad propia» (34).

El planteamiento de estas causas, incidentalmente surgidas, en el tribunal eclesiástico puede hacerlo cualquiera de los cónyuges interesados o bien otra tercera persona mediante la intervención legal en la misma causa. De donde se deduce, conforme ya al principio advertimos, que la acción o demanda en las causas latamente matrimoniales y por lo mismo incidentalmente propuestas en el tribunal eclesiástico, se rige por principios distintos de la acción en las causas propiamente matrimoniales aun dentro del mismo proceso. Piénsese en el caso en que el fiscal, por tratarse de un impedimento naturalmente público, entabla la acusación del matrimonio. Si, por ejemplo, del proceso surge una cuestión incidental sobre la dote o sobre el derecho a los alimentos, ¿quién puede proponer esta acción? Creemos que el fiscal o promotor de justicia no puede proponerla, porque el incidente no tiene por objeto una causa que interese al bien público (canon 1.586). Se trata de un interés particular que puede defender o no en juicio únicamente aquel a quien incumbe. Es este un caso de tercería, es decir, de intervención adhesiva de un tercero en la causa.

Con lo dicho, aunque sumariamente, creemos haber sistematizado y esclarecido un poco el fundamental e intrincado problema del sujeto activo de la acción judicial en las causas matrimoniales.

(34) Cfr. el vigente Concordato entre la S. Sede y España, 27 agosto 1953, art. XXIV, 2.

Disposiciones complementarias de la Ley de 15 de julio de 1954, sobre acceso a la propiedad

IGNACIO SERRANO
Catedrático de Derecho Civil

La Presidencia del Gobierno ha dictado, con fecha 17 de diciembre de 1954, un Decreto por el que se dan normas para la aplicación de la Ley de 15 de julio de 1954. Este Decreto es el que va a ser objeto de nuestro comentario en el día de hoy. Está dividido este Decreto en cuatro títulos, a saber: El primero, relativo a la «entrega de la finca al arrendador, para ser cultivada por éste directa y personalmente»; el segundo lleva por rúbrica «derecho de acceso del colono a la propiedad del predio arrendado»; el tercero se refiere al «derecho del propietario a enervar el acceso del colono a la propiedad de la finca arrendada»; y el cuarto, que trata de «normas de procedimiento». En total son veintidós artículos, pero, además, trae dos disposiciones adicionales y una final.

• *Sobre el momento de entrada en vigor de la ley de 15 de julio de 1954.*—Claramente se indica en la disposición final que la ley de 15 de julio de 1954 se considerará que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», que lo fué en el de 16 de julio de 1954. Con esta indicación que, terminantemente, hace el Decreto que comentamos, cobran vigor requerimientos, convenios, transacciones, que gentes impacientes hicieron, antes de ahora, en especial, requerimientos de notificación de renuncia del derecho a enervar el acceso, renunciaciones o transacciones relativas a los derechos que otorga la Ley de 15 de julio de 1954, con arreglo a su artículo 9.º, párrafo 2.º

Solamente de esta regla general de efectividad a los veinte días de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» se exceptúan aquellos supuestos en que la propia Ley señale un momento posterior a su entrada en vigor y respecto del acceso a la propiedad en arrendamientos menores en extensión de dos hectáreas de secano o cincuenta áreas de regadío, lo mismo que el enervamiento del acceso, los que quedan diferidos hasta el 1 de octubre de 1956.

Sin duda esto se hace pensado en que hay poco interés en consolidar explotaciones agrícolas minúsculas inadaptables a las exigencias de la nueva técnica y mayor productividad agrícolas.

Lo que no aparece por ninguna parte es aquel adelanto en la entrada en vigor de la ley, de que nos hablaba el artículo 11 de la misma.

Es de censurar esta manera de proceder, porque, habiendo deducido todos los comentaristas que la Ley de 15 de julio de 1954 no entraba en vigor y habiendo dicho lo propio el señor Lamo de Espinosa, que la defendió en las Cortes españolas, resulte ahora que los impacientes vengan a resultar beneficiados de un cambio de actitud que no permitía prever el texto legal.

Sobre los arrendamientos protegidos en que se produzca resolución del derecho del arrendador.—Es bien sabido que en caso de resolución del derecho del arrendador se extingue el arrendamiento (art. 480 del Código civil, 24, núm. 3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935) y el arrendador puede desahuciar al colono con arreglo al artículo 28, número 2.º de la ley citada de 1935, produciéndose efectos distintos, que ahora no interesan, según que la causa de resolución del derecho del arrendador estuviera expresamente contenida en el arriendo, o el arrendador la hubiera silenciado de mala fe; pero lo que no estaba dicho es que pudiera haber una ratificación tácita o presunta del arriendo por el nuevo propietario. En la disposición adicional primera se prevé que quedarán incluidos en el ámbito de la Ley de 15 de julio de 1954 aquellos contratos en que se resuelva el derecho del arrendador, cuando el contrato sea ratificado por el nuevo dueño expresa, tácita o presuntamente. La ratificación expresa no plantea ningún problema, como tampoco la tácita; por ejemplo, el hecho de cobrar renta sin protesta de que tal cobro no implica ratificación en el caso de tratarse del año agrícola en curso cuando se produjo la resolución del derecho del arrendador. Pero la ratificación presunta «por el hecho de haber continuado subsistente la relación arrendaticia sin solicitar su extinción, conforme a lo dispuesto en los artículos 24, número 3.º, 25 y 28, número 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935», sí que los plantea porque no señala plazo durante el cual se deba usar de la acción de desahucio, con lo que tal acción durará mientras no prescriba con arreglo a ley. Si durante ese plazo se realiza algún acto que implique ratificación tácita, pasamos al supuesto anterior; si no lo realiza estaremos en espera de que se produzca la ratificación presunta, cuando transcurra el plazo de prescripción de la acción.

Lo que si quiere decir esta adicional es que la ratificación expresa, tácita o presunta no supone novación del contrato que seguirá comprendido en la ley de 4 de mayo de 1948.

Derecho a recabar la entrega de la finca para su cultivo directo y personal.—Corresponde desde ahora «al arrendador o persona subrogada en su derecho (arts. 2.º y 3.º i. p. del Decreto), que hubiere adquirido la finca por cualquier título antes de 1 de enero de 1954 o lo hubiere adquirido o la adquiriera por título de transmisión «mortis causa» o por donación entre herederos forzosos. Si adquirió la finca por cualquier otro título habrá de esperar dos años para poder ejercitar este derecho, cuyo plazo se contará a partir del momento en que notarialmente se notifique al colono la trans-

misión realizada (arts. 2.º de la ley y 1.º del Decreto que comentamos).

Aunque la Ley y Decreto hablan muchas veces de notificación notarial, no creo que ello sea requisito de solemnidad, y que lo mismo servirá el requerimiento o la notificación dados judicialmente.

Conviene llamar la atención acerca de si esta notificación es la del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos de 1935, que, según la jurisprudencia, exige que sea comprensiva de las condiciones esenciales de la compraventa; a saber: precio y forma de pago para poder efectuar el retracto arrendaticio. Creemos que debe ser la misma, porque de lo contrario podría perjudicarse el derecho del colono, que podría llegar a ser despojado de la posesión arrendaticia de la finca, sin haber usado de su derecho de retracto.

El derecho a recabar la entrega de la finca para su cultivo directo y personal es preferente al de acceso a la propiedad, siempre que se haga, previa o simultáneamente, la notificación notarial pidiéndola, a la del colono queriendo acceder a la propiedad. Expresamente se refiere la preferencia al momento de la notificación, descartando la prioridad en el ejercicio de la acción ante los Tribunales (art. 3.º del Decreto).

Creemos que la simultaneidad se cumple también cuando el dueño requerido contesta al requerimiento que no quiere consentir el acceso, porque prefiere reclamar el cultivo directo y personal. Así, cuando en el propio instrumento notarial se contesta o instantáneamente o dentro de las cuarenta y ocho horas que para ello concede el Reglamento notarial (art. 204), o cuando, haciéndose el requerimiento por acto de conciliación, al celebrarse éste se contesta negativamente, por preferir que se le entregue la finca para su cultivo directo y personal.

El requerimiento recabando la entrega de la finca habrá de hacerse con seis meses de antelación a la finalización del año agrícola, pero dentro del transcurso del mismo y referido a la terminación del que estuviere corriendo. Si se verifica después de los seis primeros meses del año agrícola, no puede ya tener eficacia para el año corriente, sino que tiene que hacer referencia a la entrega de la finca al terminar el año agrícola siguiente. Careciendo de eficacia los requerimientos que se hagan cuando no se precise debidamente el momento en que el colono haya de entregar la finca (al fin del año agrícola corriente o al fin del siguiente, según los casos).

Ha de comprometerse el requirente al cultivo directo y personal por término de seis años (art. 2.º del Decreto). No será necesario más que anunciar el compromiso; en particular no será preciso cumplir con los requisitos de la Ley de 18 de marzo de 1944, sobre desahucio para cultivo directo y personal. En caso de incumplimiento de esta obligación de cultivo directo y personal durante seis años, se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 7.º

de la Ley que prevé la recuperación de la finca por el colono y la indemnización de daños y perjuicios.

Sobre los aumentos de renta.—Nada de particular trae el Decreto sobre este punto en su articulado, pero sí en las disposición adicional segunda. Se dice allí que si el arrendador solicita revisión de la renta, pierde el derecho a los aumentos que la ley concede en su artículo 1.º. Precepto que está en contradicción con lo dispuesto en la Ley, en la que se hacían compatibles ambos derechos a la revisión y al aumento, que se concede sin perjuicio de la revisión, en el artículo 1.º de la Ley. No se toma en consideración el supuesto de que sea el arrendatario el que solicite la revisión, y quizá logre una rebaja en la renta. No cabe duda de que el arrendador, en este caso, conservará su derecho a los aumentos sobre la renta abonada en el año agrícola 1953-54, aunque representen más del 10 por 100 anual de incremento sobre la renta revisada. ¿Y en el caso de que el arrendador pidiera la revisión y no lo lograra? Creemos que, a pesar de todo, perdería su derecho a los incrementos de renta, lo mismo que si logra la revisión y se produce un aumento inferior al que la ley concede.

Sobre el derecho del colono al acceso a la propiedad del predio arrendado: a) *¿Quién tiene derecho al acceso?*—Los colonos cuyo contrato de arrendamiento esté comprendido en la Ley de 15 de julio de 1954 (incluidos aquellos a que se refiere la disposición adicional segunda del Decreto que comentamos) y no se hallen excluidos del ejercicio de este derecho, con arreglo a los artículos 6.º y 10 de la Ley, o por pacto válido en contrario. Ha de estar, además, al corriente del pago de la renta y de las cantidades que legal o contractualmente fueren repercutibles sobre el colono (artículo 4.º del Decreto).

b) *Plazo de ejercicio del derecho de acceso.*—El Decreto hace caso omiso de lo dicho en el artículo 5.º de la Ley, que parecía extender el derecho de acceso, incluso a la prórroga concedida por el artículo 4.º de la misma, y que, a nuestro juicio, constituía un «lapsus calami». Ahora claramente se dice que el plazo de ejercicio del derecho de acceso es durante la prórroga concedida por el artículo 1.º de la Ley. Y, como dijimos anteriormente, tiene que ejercitarse este derecho antes que el arrendador recabe la entrega de la finca para su cultivo directo y personal, en la forma que prevé el artículo 2.º del Decreto comentado (arts. 4.º y 5.º del Decreto). Se abre un nuevo plazo de tres meses, durante el cual se podrá ejercitar el acceso cuando el arrendador que hubiere manifestado su deseo de enervar el derecho de acceso a la propiedad no hubiese hecho el pago o la consignación de la cantidad que le correspondía abonar al colono (art. 14 del Decreto).

c) *Notificación.*—Se vuelve a decir que ha de ser notarial, y deberá contener los siguientes extremos: 1.º Propósito de acceder a la propiedad de la finca arrendada. 2.º Compromiso de cultivar directa y personalmente la finca y de conservar su dominio durante

un plazo de seis años. 3.º Si opta por el sistema de capitalización del párrafo primero del artículo 3.º de la Ley o si se acoge al de tasación contradictoria del párrafo segundo del artículo 5.º de la propia Ley (esto para el caso de que hubiere lugar a tal opción, sobre ello me remito a lo que diré). 4.º Compromiso de satisfacer al propietario cuando así fuere procedente las cantidades correspondientes a mejoras útiles de que habla el párrafo segundo del artículo 3.º de la Ley y las cantidades correspondientes al valor de los aprovechamientos que el dueño se hubiera reservado, conforme, al artículo 6.º i. f. de la Ley.

Aunque no se dice, habrá que razonar en la notificación que el que la hace reúne las condiciones para solicitar el acceso y que éste se ejercita dentro del plazo.

Es notable que no se pida que en esta notificación se asuma también el compromiso de pagar el importe de la capitalización o tasación contradictoria.

d) *Opción entre capitalización o tasación contradictoria.*—Solamente tendrá esta opción si el dueño no renuncia tempestivamente a su derecho de enervar el acceso a la propiedad, sobre lo cual nos ocuparemos en su momento oportuno.

e) *Sobre la fijación del «precio» del acceso a la propiedad.*—Puede ser fijado convencionalmente entre accedente y propietario, puede ser fijado por capitalización y puede ser fijado por tasación contradictoria.

a') Si se ponen de acuerdo accedente y dueño, éste acuerdo prevalece, y la cantidad fijada deberá el colono hacerla efectiva en el plazo de tres meses. Es evidente que si el acuerdo entre partes es otro, en virtud de la renunciabilidad de los derechos concedidos por la Ley y Decreto que comentamos, prevalecerá el pacto. Si después de hecha la consignación las partes se pusieran de acuerdo sobre el «precio» y las condiciones de pago, se estará a lo que hubiesen convenido.

b') Si hay desavenencia, el colono deberá consignar en el Juzgado competente, dentro del plazo de tres meses, la cantidad que resulte de la capitalización. El plazo de tres meses se cuenta a partir de la notificación notarial que, dentro del mes siguiente a la del colono, de desear el acceso a la propiedad, haga el arrendador al colono, participándole si consiente el acceso o si más bien opta por enervar tal derecho. Y si no dijere nada al propietario durante ese mes, se entiende que consiente el acceso, y los tres meses se cuentan a continuación de la expiración de dicho plazo (arts. 6.º y 10 del Decreto). No será ocioso recordar la regla interpretativa del artículo 7.º del Código civil.

Si, con anterioridad, el dueño tuviera ya renunciado su derecho a enervar el acceso a la propiedad, el plazo de tres meses correría a partir del día de la notificación de acceso dada por el arrendatario (art. 6.º del Decreto).

La capitalización se obtendrá «al 2 por 100 del valor de la can-

tividad de trigo por la que, en el año agrícola 1953-54, se module la renta al precio fijado para dicho cereal, sin premios ni bonificaciones, en la campaña triguera correspondiente a la fecha en que se ejercite el derecho de acceso. Por tanto, no será tenido en cuenta a dicho efecto el resultado de la revisión de renta que autoriza el último inciso del párrafo 1.º del artículo 1.º de la Ley ni los aumentos de contribución y demás impuestos o servicios que legalmente se hayan declarado o se declaren repercutibles. A la cantidad obtenida de la capitalización habrá de adicionarse el importe, en el momento en que tenga lugar el acceso, de las mejoras útiles realizadas por el arrendador, a sus expensas, con el consentimiento del arrendatario, siempre que aquél no hubiese elevado la renta usando del derecho que le reconoce el artículo 22 de la Ley de 15 de marzo de 1935. Se considerarán, asimismo, incluídas entre las mejoras a que se refiere el párrafo segundo del artículo 3.º de la Ley de 15 de julio de 1954, las «útiles» ordenadas por resolución judicial y realizadas por el arrendador que no hayan dado lugar a elevación de la renta. Asimismo se adicionará a dicha cantidad el valor de los aprovechamientos y bienes a que se refiere el último párrafo del artículo 6.º de la Ley de 15 de julio de 1954» (artículo 7.º del Decreto).

c') Los dos primeros párrafos de la letra b') anterior son de aplicación también al supuesto de tasación contradictoria. Una vez hecha la consignación, no lográndose acuerdo entre accedente y dueño, el colono deberá presentar, en el plazo máximo de un mes, a contar desde la consignación, la correspondiente demanda, acompañando inexcusablemente a dicho escrito el testimonio de la consignación. Después se sigue el juicio por las normas procesales del Decreto, y el precio fijado será abonado por el colono dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que quede firme la sentencia fijándolo (art. 6.º del Decreto).

f) *No es compraventa.*—Aunque se hable de «precio», no estamos ante una compraventa, ni la sentencia de que habla el artículo 6.º debe condenar a vender, sino sencillamente a fijar el precio por el que estarán y pasarán las partes, en materia de acceso a la propiedad y enervamiento de tal acceso. Todas las consideraciones que hicimos respecto a la naturaleza jurídica del acceso y forma de llevarlo a cabo no resultan afectadas por el tenor de este Decreto que comentamos.

g) *Incumplimiento de la obligación de consignar o abonar el precio que se fije.*—Dice el artículo 8.º que «el colono que, habiendo usado del derecho de acceso a la propiedad de la finca arrendada, no hiciere la consignación o no abonare al propietario, dentro del plazo que señala el artículo 6.º del presente Decreto, el precio que le corresponda satisfacer por la adquisición perderá el derecho a adquirir la propiedad, resolviéndose inmeditamente de vencido dicho término su contrato de arrendamiento y pudiendo el arrendador disponer libremente del predio para su cultivo

directo o para arrendarlo a otro colono. El arrendatario vendrá, además, obligado, en su caso, a reembolsar al arrendador el importe de las costas del juicio en las que éste hubiera sido condenado».

h) *Incumplimiento de la obligación de cultivo directo y personal y de la conservación del dominio durante los seis años siguientes al acceso.*—En esta caso se aplica el artículo 7.º de la Ley, en el que se prevé la nulidad de la transmisión y la libre disposición de la finca por el arrendador.

i) *Preferencia del retracto gentilicio.*—Contra el acceso a la propiedad no prevalece ningún retracto, excepto el gentilicio. Aquí vemos una nueva prueba de que el acceso no es compraventa, porque si lo fuera se darían los retractos, ya que éstos proceden en los casos de venta o dación en pago (arts. 1.521 y 1.536 del Código civil y 76 del Apéndice Foral aragonés), exceptuándose el retracto gentilicio, por la especial naturaleza del mismo, o quizá por su carácter foral íntimamente relacionado con la organización familiar de los territorios donde se admite este retracto. El pariente que ejercite este retracto habrá de abonar al colono las cantidades del artículo 1.518 del Código civil y, además, el importe que el dueño hubiese tenido que abonar para enervar el acceso a la propiedad. Asimismo, en defecto del arrendador, cualquier pariente de los que, con arreglo a los preceptos del derecho foral, pudiese adquirir la finca arrendada en caso de transmisión a título oneroso, tendrá facultad para subrogarse en el derecho que confiere al citado arrendador el artículo 5 de la Ley de 15 de julio de 1954 dentro del mismo plazo que a éste se fija: El pariente subrogado quedará sujeto a los preceptos de la ley, en los mismos términos que su causante» (artículo 9 del Decreto).

SOBRE EL DERECHO DEL PROPIETARIO A ENERVAR EL ACCESO A LA PROPIEDAD

a) *¿Quién tiene derecho a enervar el acceso a la propiedad?*—El decreto, a diferencia de la ley, habla indistintamente de arrendador y de propietario; así en el artículo 10, pues en el primer párrafo habla de la notificación del derecho de enervar que quiera hacer el arrendador, en tanto que en el segundo dice que «si el propietario no hiciera manifestación alguna se entenderá que renuncia al derecho de enervar y en el artículo 12 vuelve a hablar del propietario. Preferimos atenernos al texto legal y nos remitimos a lo que sobre este punto dijimos en nuestro comentario a la ley y en este sentido deberá ser entendido todo lo que digamos a continuación.

b) *Plazo de ejercicio de este derecho y notificación al colono.*—Con arreglo al artículo 10 del Decreto que examinamos, dentro del mes siguiente a la notificación del colono de querer el acceso a la propiedad, deberá el «arrendador» notificar notarialmente a aquél

si se aviene a consentir el acceso o si, por el contrario, opta por enervar tal derecho y si transcurre el plazo de un mes sin decir nada, «el propietario» se entenderá que renuncia al derecho de enervar.

Parece como si el arrendador no pudiera adoptar otra postura fuera de las dos indicadas, esto es, aceptar el acceso o enervarlo, pero es evidente que puede también no aceptar el acceso sin ejercitar el derecho de enervarlo, alegando que el que pretende acceder a la propiedad no reúne las condiciones para ello, por ejemplo, es extranjero, no está al corriente en el pago de la renta, no se ha hecho la notificación notarialmente o dentro del plazo señalado, etc.

c) *Fijación de la cuantía de la indemnización al arrendatario cuando el arrendador opte por enervar el acceso a la propiedad.*— De acuerdo con lo dispuesto en la Ley, la indemnización oscila entre el veinticinco y el cincuenta por ciento de la suma que en concepto de capitalización de la renta o por tasación contradictoria, según los casos, debiera satisfacer el arrendatario para la adquisición del predio. No se computarán a estos efectos las cantidades que el colono tuviere que abonar, en su caso, por realización de mejoras útiles en la finca arrendada, por el arrendador que no hubiese pedido aumento de la renta, conforme al artículo 22 de la Ley de Arrendamientos de 15 de marzo de 1935 (párrafo 2.º del artículo 3.º de la Ley) ni las que correspondan al valor de los aprovechamientos y bienes que el arrendador se hubiese reservado excluyéndolos del arriendo (párrafo final del art. 6.º de la Ley). Así lo dispone el artículo 11 del Decreto.

La modulación de la cuantía de la indemnización se regirá por las siguientes normas: Será del veinticinco por ciento en los dos casos que pasamos a detallar: 1.º Cuando el arrendador en el momento de enervar el acceso del colono a la propiedad de la finca, no tuviere, por todos conceptos, ingresos anuales que rebasen del importe de cuarenta quintales métricos de trigo, al precio de trigo de rentas en la campaña correspondiente. 2.º Cuando se trate de fincas en las que existan enclavadas edificaciones habitables que se hubiese reservado el propietario, con respecto a la parcela o parcelas arrendadas que lindan directamente con el edificio.

En los demás casos se distingue según el año en que se ejercite el derecho y según la naturaleza de la finca. Cuando use del derecho el primer año de la prórroga legal, la cantidad será equivalente al cincuenta, al cuarenta y cinco o al cuarenta por ciento de la suma que el arrendatario deba satisfacer para la adquisición del predio, según que, respectivamente, se trate de fincas de regadío, de fincas enclavadas en zonas húmedas, o de fincas de secano.

Quando se use del derecho de enervar uno de los años siguientes de la prórroga, legal, la indemnización experimentará una disminución por años igual al cociente que resulte de dividir el veinticinco, el veinte o el quince por ciento de la cantidad que deba

satisfacerse por la adquisición de la finca, según se trate de fincas de regadío, enclavadas en zonas húmedas o de secano, por el número de años que aún resten de la prórroga, menos uno. O sea, que reduciendo a fórmula matemática, tendríamos que si se tratase de finca de regadío, con prórroga legal aún no agotada, y si llamamos P al «precio» del acceso y N al número de años que aún restan de la prórroga, la cantidad a rebajar sería el resultado de la siguiente fracción: $\frac{P \times 25}{100 \times (N - 1)}$. El resultado habría que res-

tarlo de la indemnización que correspondería pagar si el derecho de enervar se hubiere ejercitado durante el primer año de la prórroga. Y siempre resultará que la indemnización no será inferior al veinticinco por ciento del precio del acceso. Así se deduce del artículo 12 del Decreto, que plantea problemas interpretativos de cuándo una finca es de regadío, cuándo de zona húmeda y cuándo de secano. Es un tema en que los ingenieros y peritos agrónomos tienen la palabra.

La indemnización puede ser fijada de acuerdo entre arrendador y colono, en cuyo caso se estará a lo acordado, pero si no se ponen de acuerdo, el propietario, dentro del plazo de los tres meses siguientes a la notificación, deberá presentar la oportuna demanda ante el Juzgado competente (art. 13 del Decreto).

Pago de la indemnización del enervamiento y desalojo de la finca por el colono.—El colono, a quien el propietario manifieste dentro del plazo y condiciones antes señalados; su decisión de enervar, deberá abandonar la finca una vez transcurridos los dos años agrícolas siguientes a aquél en que se hiciera la notificación por el propietario.

En el caso de que el asunto vaya al Juzgado, una vez recaída sentencia firme, abonará al colono la indemnización, dentro de los tres últimos meses del último de los dos años agrícolas, que el colono disfruta de la posesión arrendaticia de la finca. Si no hubiera sentencia firme, antes de finalizar dichos dos años agrícolas, «el propietario deberá consignar en el Juzgado que haya conocido, el primera instancia, del asunto y dentro del plazo de los tres meses siguientes a la finalización de aquel término, una suma equivalente al cincuenta por ciento del resultado de la capitalización de la renta efectuada en la forma que establece el párrafo 1.º del artículo 7.º del presente Decreto. De la cantidad consignada la mitad de su importe le será entregada al colono, quien vendrá obligado a abandonar el predio arrendado, sin perjuicio de que cuando recaiga sentencia firme pueda exigir que le sea completado, en su caso, el total importe de la indemnización que judicialmente se fije. Del importe de la indemnización podrá el propietario o, en su caso, el Juzgado, hacer deducción de las rentas vencidas y no satisfechas por el colono» (art. 13 del Decreto). En el propio artículo 13 se dice que en todo caso será requisito previo indispensable para la salida del colono que le sea abonada la indemnización.

Esta indemnización por enervamiento del acceso a la propiedad es independiente de cualquiera otra que, por razón de mejoras o labores realizadas, fuese procedente, conforme a la legislación general de arrendamientos rústicos (art. 15 del Decreto).

Sanción.—Salvo pacto expreso en contrario, el propietario que dentro de los plazos señalados en el artículo 13 no abonase al colono la indemnización que corresponda o no hiciese la consignación, quedará decaído de su derecho, pudiendo el arrendatario, aunque hubiese transcurrido la prórroga legal, volver a ejercitar dentro de los tres meses siguientes el derecho de acceso a la propiedad. El arrendador vendrá, además, obligado, en su caso, a reembolsar al colono el importe de las costas del juicio en las que éste hubiera sido condenado (art. 14 del Decreto).

Aunque no se dice, el colono que ejercite el derecho de continuar en la posesión arrendaticia de la finca quedará vinculado por el mismo contrato de arrendamientos que antes tuviera, y creemos que la liquidación del plazo del mismo se hará sumando los años anteriormente disfrutados a los que disfrute después del fracasado enervamiento del acceso a la propiedad.

También, aunque no se diga, entiendo que el colono podrá pedir indemnización de daños y perjuicios, cuando los acredite, por ejemplo, por haber hecho gastos de traslado, de adquisición de traspaso de negocio, etc.

La hipótesis de que el arrendador no cumpla con su obligación de cultivo directo o directo y personal está prevista en la ley que desarrolla el Decreto que comentamos.

NORMAS DE PROCEDIMIENTO

Se distinguen los procesos que se refieran a la fijación por tasación contradictoria del precio del acceso y las demás cuestiones a que dé lugar la Ley de 15 de julio de 1954. Los de tasación contradictoria tienen las especiales normas que veremos. Los demás, según el artículo 22 del Decreto comentado, se seguirán por los trámites de la disposición transitoria tercera A de las de la Ley de 28 de junio de 1940, con la única modificación de ser preceptiva la intervención de Letrado.

En cuanto a los pleitos referentes a la tasación contradictoria, desvirtuando lo que textualmente dice la Ley en el último párrafo del artículo 5.º, de que se fijará «por la autoridad judicial, conforme al procedimiento establecido en el número 3 de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, oída inexcusablemente la Jefatura Agronómica de la provincia y con los recursos que en dicha disposición transitoria se previenen», sin perjuicio de conceder dicha Ley al Gobierno amplias facultades para reformar los puntos relativos a cuantía y cualesquiera otro, pero siempre «sin menoscabo de las garantías procesales, la economía del procedimiento y la rapidez de la tramitación», la nueva norma que comentamos, introduce un nuevo procedimiento comple-

tamente distinto del de la disposición transitoria antes citada. Se innova todo como vamos a ver.

Competencia.—Corresponde, en todo caso, a los Juzgados de primera Instancia del lugar donde estuviere enclavada la finca arrendada o la mayor parte de ésta.

Desaparece, por tanto, la competencia de los Juzgados municipales y comarcales y la discernida por sumisión de las partes. (Ver art. 16 del Decreto.)

Conciliación previa.—Ha de hacerse ante la Hermandad Sindical de Labradores del lugar.

Postulación procesal.—Requiere la intervención de Letrado en todo caso.

Prohibición de acumulación de acciones

Actuación de oficio del juez, para que en término de tres días, como máximo, se subsanen los defectos de capacidad procesal y para pedir cualquiera que fueran las pruebas propuestas, informe de la Jefatura Agronómica.

Plazo de tres días para dictar sentencia, en la que se impondrán las costas al vencido totalmente y resolviéndose en ella cualquier cuestión incidental planteada.

Contra esta sentencia se da *recurso de apelación* para ante la Audiencia Territorial, con arreglo a la norma 6.ª de la disposición transitoria tercera A de la Ley de 28 de junio de 1940, cuando la cuantía exceda de 100.000 pesetas.

Contra las sentencias de las Audiencias Territoriales cabe *recurso de revisión* ante la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, en la forma y por las causas que señala la norma 7.ª de la disposición transitoria tercera A antes citada, cuando la cuantía litigiosa exceda de 300.000 pesetas. Esta cuantía se estimará por la que el Juzgado de primera Instancia hubiere señalado. Cuando la cuantía litigiosa no exceda de 100.000 pesetas, todos los escritos y actuaciones que se produzcan en estos juicios, se extenderán en papel timbrado de la última clase. (Así resulta de los arts. 16 al 21 del Decreto.) Claro que *para acatar lo dispuesto en la Ley*, el artículo 17 de este Decreto señala que se observarán las disposiciones de la transitoria tercera A de las de la Ley de 28 de junio de 1940, excepto en lo que antes queda indicado.

ORDEN DE JUSTICIA Y AGRICULTURA DE 12 DE ENERO DE 1955

En la Ley de 15 de julio de 1954, se preveía, en el primero de sus artículos, la adopción de medidas especiales, para regular la conversión de rentas fijadas en especie distinta de la del trigo, a este cereal. En cumplimiento de este encargo, los Ministerios de Justicia y Agricultura han dictado la Orden calendada, que reproduce los criterios que, en parecido tema, adoptó el Decreto Ley de 15 de julio de 1949, pero luego se aplica al resultado obtenido

en dinero, lo mandado en el párrafo segundo del artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942.

La Orden que comentamos contiene una exposición de motivos breve y luego cuatro artículos o normas.

La primera reproduce, en distintos términos, el contenido del último párrafo del artículo 1.º de la Ley de 15 de julio de 1954, pero en vez de referirse, como en ésta, «a los contratos de arrendamiento anteriores a 1942», precisa más, pues se refiere a los anteriores a 1 de agosto de 1942.

La segunda contiene el procedimiento de conversión de las rentas fijadas en especie distinta a la del trigo a esta especie. Se toman tres fechas, 1.º de julio de 1939, de 1940 y de 1941, según que el contrato fuera anterior a cada una de las dos primeras fechas o después de 1.º de julio de 1940. Las fechas indicadas al principio sirven para que se tomen como reguladores de la reducción de la renta pactada a dinero, los precios de tasa vigentes en ellas, si existían tasas de dichos productos y si no el corriente en el mercado en esas fechas. Así, reducida la renta pactada a dinero, la cantidad resultante se trata ya con arreglo al párrafo segundo del artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942 y el pago de la renta se hará como en el mismo se dispone.

La tercera aplica los incrementos del artículo 1.º de la Ley a la renta convertida a trigo, sin que se pierda la consideración de colono protegido e incluido en la Ley de 15 de julio de 1954, porque como consecuencias de estos incrementos de renta se exceda de los cuarenta quintales métricos de trigo.

Y en esta misma norma tercera se dice, en su párrafo segundo, que no habrá lugar a los incrementos de renta cuando el arrendador hubiere pedido la revisión de la misma.

La cuarta dice lo mismo que el artículo 2.º, letra b, párrafo segundo del Decreto-ley de 15 de julio de 1949 que, en caso de falta de acuerdo se acudirá al procedimiento de la disposición transitoria tercera A de las de la Ley de 28 de junio de 1940, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto de 17 de diciembre de 1954, antes comentado.

Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954, sobre declaración de rentas urbanas a la Hacienda pública

GABRIEL GARCIA CANTERO

Doctor en Derecho. Juez Comarcal, Alumno de la Escuela Judicial

SUMARIO: Antecedentes legislativos del artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.—El artículo 133 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946.—La declaración del arrendador a la Hacienda fuera de plazo, y el derecho del arrendatario a reducir la renta.—Finalidad del Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954.—La moratoria fiscal.—Estas declaraciones fiscales paralizan el derecho del inquilino a reducir la renta.—¿Qué duración temporal tienen las normas de este Decreto-ley?—Disposición derogatoria.—¿Reforma o supresión del artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos?

Juzgamos de importancia para propietarios e inquilinos de fincas urbanas lo dispuesto en el Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954, cuyo texto es el siguiente:

«A fin de evitar que el mantenimiento incondicionado del tenor literal del artículo 12 de la Ley de Reforma Tributaria, de 16 de diciembre de 1940, y su trasunto, el 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1946, acabe desnaturalizando las finalidades fiscales perseguidas por ambos preceptos y sacrificio de los intereses de la Hacienda Pública, se hace preciso complementar aquéllos con normas que, dotándolos de flexibilidad temporal, fortalezcan su eficacia y al propio tiempo alivien la situación del contribuyente de buena fe, permitiéndole, durante un plazo prudencial, regularizar su situación tributaria, al modo como ya lo hizo el artículo 14 de la Ley de 31 de diciembre de 1945. Naturalmente, que con la limitación inexcusable de que las nuevas normas carecerán de aplicabilidad a las situaciones creadas por resoluciones firmes o por la iniciación del ejercicio de la facultad que aquellos preceptos complementados entrañaban.

En su virtud, previa deliberación del Consejo de Ministros, y en uso de las facultades conferidas por el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes, dispongo:

Artículo 1.º Los propietarios de fincas urbanas arrendadas que perciban rentas superiores a las que vengan figurando como base de la Contribución Territorial que grava esta riqueza, deberán declarar a la Hacienda, antes del 1 de abril de 1955, las rentas efectivas que perciban, en cuyo caso quedarán exentos de multas

y recargos y del aumento de cuota que correspondiese a época anterior a 1 de enero del expresado año.

Las declaraciones que se presenten al amparo de lo dispuesto en el párrafo anterior o que se hubiesen presentado antes de la publicación de este Decreto-ley, aunque lo hubieran sido fuera del plazo señalado en el Decreto de 21 de mayo de 1943, surtirán plenos efectos siempre que el inquilino o arrendatario no hubiere iniciado el ejercicio de la facultad de novar la renta con anterioridad a la formulación de la respectiva declaración.

Art. 2.º Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en el artículo anterior, y se autoriza a los Ministros de Justicia y Hacienda para que dicten las normas que exijan la debida ejecución y cumplimiento del presente Decreto-ley, del cual se dará inmediata cuenta a las Cortes.»

Dado en Madrid a 23 de diciembre de 1954.—FRANCISCO FRANCO.

El propietario-arrendador puede encontrarse respecto de la Hacienda Pública, en alguna de las situaciones siguientes (1):

a) Que la renta declarada coincida con la que efectivamente percibe.

b) Que la renta declarada sea inferior a la abonada por el inquilino.

c) Que la renta declarada sea superior a la percibida.

En el primer supuesto el propietario nada tiene que temer, ni por parte del Fisco, ni por parte del inquilino, y tampoco le afectan las normas de este Decreto-ley.

En el tercer supuesto —que ciertamente será raro— el propietario no puede alegar que tributa por renta mayor que la que percibe, al objeto de elevar la renta al inquilino, pues el artículo 127 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos establece que «la declaración de rentas no crea en favor del arrendador derecho alguno a su aumento».

Es el segundo de los supuestos indicados el que adquiere especial relevancia jurídica, pues, en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de L. A. U. y normas fiscales concordantes, el percibir rentas superiores a las declaradas a la Hacienda constituye un hecho productor de una doble consecuencia jurídica: de un lado, acarrea para el contribuyente incumplidor de sus obligaciones fiscales, sanciones de este tipo; de otro, se le impone una sanción civil rigurosa, pues permite al inquilino ejercitar una facultad, a simple vista exorbitante, ya que le concede la posibilidad de novar el contrato en cuanto a la renta, reduciéndola a la efectivamente declarada, o a la que, si no se formuló declaración, sirviera de base al tributo.

(1) Cfr. REAL DE LA RIVA, Natalio: «La repercusión contributiva en los arrendamientos urbanos», *ADC.*, 1952, V. 4.º págs. 1351 y ss.

Patente está que la primera consecuencia es fiscal, y de la misma naturaleza la ley que la regula; mientras que la segunda es civil, y civil la norma que la establece, sea cualquiera su colocación sistemática (por ejemplo, en una ley de Presupuestos).

Nos enfrentamos, pues, con un supuesto de conexión entre el Derecho civil y el Derecho fiscal.

Recientemente, se nos ha dicho por el profesor Uria (2) que «estamos presenciando el nacer de una nueva rama del Derecho, que presenta carácter social muy pronunciado y que se interfiere en el campo tradicional del Derecho privado, sometiendo al dominio del impuesto situaciones jurídicas reguladas por el Derecho civil y mercantil. Las instituciones tradicionales de estos Derechos son contempladas por la legislación fiscal con un ángulo de visión diferente».

El propio autor ha expuesto insuperablemente la influencia de la ley fiscal sobre el Derecho mercantil, comprobable, por ejemplo, en la exigencia del papel sellado en la letra de cambio; ha tratado, asimismo, de la deformación de la técnica jurídica mercantil causada por el deseo de evitar la presión fiscal, a veces excesiva; nos ha hablado, finalmente, de la función precursora del Derecho fiscal respecto del mercantil, manifestada, verbigracia, en las sociedades de responsabilidad limitada.

En cuanto a las relaciones entre el Derecho fiscal y civil (3), es indudable que los actos y negocios jurídicos civiles son objeto de tributación, pero tal cosa apenas si interesaba al ordenamiento civil (4); también es cierto que puede comprobarse en ocasiones la misma deformación que acusaba Uria, pues no es raro que una donación se encubra bajo una supuesta venta, aunque ya la Hacienda acostumbra a tomar sus precauciones; no se excluye tampoco que en el campo del Derecho civil (pensemos en las transmisiones de bienes «mortis causa») sea la ley fiscal «uno de los instrumentos más eficaces que puede utilizar el poder público para realizar una política económica de carácter nacional», como dice Uria (5).

Pero el caso que aparece regulado en el artículo 133 de la L. A. U. es enteramente diverso de los hasta ahora contemplados. No se trata, en efecto, de que el Estado pretenda lograr una mejor

(2) URÍA, Rodrigo: «Derecho fiscal y Derecho mercantil», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 25 de abril de 1944, publicada en los *Anales de la Academia*, II, pág. 276.

(3) En general poco estudiadas en la doctrina española. Cfr. SÁINZ DE BUJANDA: Artículo sobre «Derecho financiero», en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, págs. 461 y ss.

(4) Salvo, en cuanto al ejercicio procesal de los derechos, la necesidad de presentar con la demanda el recibo que acredite el pago de la contribución territorial (arts. 44 a 46 del R. D. de 24 de enero de 1894, 38 de la ley del Catastro de 23 de marzo de 1906 y concordantes), industrial (art. 61 del Reglamento de 28 de mayo de 1896, texto refundido por R. O. de 1.º de enero de 1911), derechos reales (arts. 34 de la Ley y 186 del Reglamento de 1941) y timbre (arts. 219 y 223 de la Ley del Timbre).

(5) Loc. cit., pág. 285.

distribución de la riqueza, a través del impuesto; tampoco de que someta a tributación negocios jurídicos que antes no lo estaban. Se trata de que unos hechos que durante mucho tiempo sólo eran tenidos en cuenta por las leyes fiscales, a partir de determinado momento producen, o son susceptibles de producir, consecuencias de orden civil.

Esta doble sanción de unos mismos hechos por dos ordenamientos distintos, ha dado lugar en su aplicación a ciertas estridencias y conflictos, pues no siempre el Derecho civil y el fiscal van al unísono, y no cabe desconocer que su técnica es diversa.

El Decreto-ley que vamos a comentar, modifica —siquiera sea transitoriamente— uno de los puntos en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había pronunciado con mayor uniformidad, si bien, debe reconocerse que por parte de la doctrina ha sido muy controvertido. Además, parece que la orientación que inicia esta disposición va a ser seguida en la nueva ley de Arrendamientos Urbanos, que se anuncia como próxima. Por todo ello, nos detendremos en la exposición de los antecedentes del artículo 133 de L. A. U., antes de entrar a analizar el contenido del Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954.

Antecedentes legislativos del artículo 133 de la ley de Arrendamientos Urbanos.—Podemos remontarnos hasta el Real Decreto de 1.º de enero de 1926 cuyo artículo 1.º, letra f), dispuso: «No serán inscribibles, ni aun inscritos surtirán efectos, los contratos de arrendamiento en que se estipule una renta superior a la declarada o consignada en las oficinas de Hacienda a efectos tributarios, salvo que simultáneamente se dé el alta correspondiente a la diferencia y se acredite así ante el Registrador con el recibo correspondiente. Tampoco podrá el arrendador ejercitar acciones encaminadas al cobro de una renta superior a la catastrada o amillarada».

De las dos sanciones que aquí se establecen, no cabe duda que la más eficaz teóricamente es la segunda. Pero es sabido la resistencia de nuestra práctica jurídica a condicionar el ejercicio judicial de los derechos civiles al cumplimiento de requisitos fiscales. No puede extrañarnos, pues, que la doctrina diga de la disposición transcrita, que «no llegó a insertarse en la realidad» (6).

Fundamentales son en esta materia, las disposiciones de la ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940. Su artículo 10 estableció que «en el plazo que fije la Administración, cada propietario de finca urbana que figure en el Registro fiscal comprobado, si está arrendada en todo o en parte, presentará a la Hacienda un estado, autorizado con su firma, en el que consignará la relación completa de productos anuales de la finca por todos conceptos, cuarto por cuarto, local por local, computándose por

(6) FLORES MICHEO, R.: «Modificación de renta urbana por motivos fiscales», *RDP.*, 1948, pág. 212.

su renta corriente los locales desalquilados... En el caso de que parte de la finca estuviere habitada por el propietario, se computará como producto de dicha parte una cantidad igual al alquiler satisfecho por el arrendatario de parte semejante. Si hubiese varios arrendatarios de parte semejante se tomará como módulo el alquiler más barato.

El incumplimiento de la Orden dará lugar a la imposición de multa, que podrá alcanzar hasta otro tanto de la cuota anual de urbana satisfecha por razón de la finca respectiva.

En el artículo 12 de la misma ley se dispuso que «los inquilinos tendrán derecho a consultar el estado presentado por el propietario con quien les ligue contrato de arrendamiento.

Si el estado a que se refiere el artículo 10 imputara a uno o más cuartos o locales renta anual inferior a la efectivamente satisfecha por todos los conceptos, cada inquilino afectado tendrá derecho, cualesquiera que sean los pactos o contratos que le ligen con el dueño, a limitar su alquiler por todos los conceptos a la cifra figurada en el estado, entendiéndose al efecto novado el contrato. El propietario no podrá enervar la acción del inquilino, intentando con posterioridad la rectificación del líquido».

Sobre estos artículos transcritos de la ley de Reforma Tributaria, está construida toda la doctrina del artículo 133 de L. A. U.; la obligación puramente fiscal declarada en el artículo 10, no constituye novedad, pues ya desde el artículo 45 del Reglamento de 30 de septiembre de 1885, pasando por el artículo 1.º del Real Decreto de 10 de agosto de 1923, venía estableciéndose así; lo rigurosamente nuevo era el derecho concedido al inquilino en el artículo 12, párrafo primero, accesorio y complementario del establecido en el párrafo segundo, de reducir la renta por todos los conceptos a la cifra figurada en el estado que el propietario viene obligado a presentar, sin que quepa enervarlo intentando «con posterioridad» la rectificación del líquido.

Observemos que el citado artículo 10 empieza diciendo «en el plazo que fije la Administración». Este plazo está fijado por el Decreto de 21 de mayo de 1943; su artículo 1.º limita la obligación de declarar a Hacienda los aumentos de renta «siempre que el aumento represente una alteración superior al 5 por 100», y la extiende «tanto a los propietarios de fincas incluidas en Registros fiscales comprobados, como a los de las comprendidas en los no comprobados», añadiendo que «la declaración será presentada... dentro del trimestre natural en que se lleva a cabo el aumento de renta y surtirá efectos contributivos desde el trimestre natural siguiente»; en el artículo 3.º se prevé la posibilidad de aumentar la renta conforme a la vigente legislación de arrendamientos urbanos, pero se añade una importante declaración, que ha pasado literalmente al artículo 127 de la L. A. U.; en el artículo 4.º se establece un régimen especial para las variaciones de orden físico que den lugar a aumento en la renta; en el 5.º se determinan las

sanciones de orden fiscal para el propietario incumplidor o mal cumplidor de sus obligaciones para con la Hacienda; y, finalmente, en el 6.º se da el concepto fiscal de renta, entendiéndose por tal «la cantidad total que el propietario perciba del inquilino como precio del disfrute o posesión de la finca urbana, con inclusión de todos los servicios complementarios de que goce el usuario por razón de tal», enunciándose por vía de ejemplo las cantidades que se abonan separadamente por calefacción, agua, luz y portería.

El artículo 14 de la ley de Presupuestos del Estado de 31 de diciembre de 1945, constituye un directo antecedente del Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954, pues establece, casi con sus mismos términos, una moratoria fiscal; dice así: «Los propietarios de fincas urbanas arrendadas que perciban rentas superiores a las que vengan figurando como base de la contribución territorial que grava esta riqueza, deberán declarar a la Hacienda, antes de 1.º de marzo de 1946, las rentas efectivas que perciban, en cuyo caso quedarán exentos de multas y recargos y del aumento de cuota que correspondiese a la época anterior a 1.º de enero del expresado año, entendiéndose que a partir de aquella fecha los inquilinos podrán limitar su alquiler a la cifra declarada por el propietario, o a la que, si no formuló declaración de rentas, sirva de base al tributo, entendiéndose al efecto novado el contrato.»

El párrafo segundo de este artículo 14, reproduce el mismo párrafo del artículo 3.º del Decreto de 21 de mayo de 1943, si bien con una ligera modificación: «Las rentas declaradas no crean a favor del propietario derecho alguno que esté en contradicción con las disposiciones reguladoras de los arrendamientos de fincas urbanas.»

El párrafo tercero del propio artículo 14 establece las sanciones fiscales por el incumplimiento de la obligación que en él se establece.

Notemos que el plazo que aquí se otorga a los propietarios es de dos meses, mientras que en el Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954 es de tres; y que se dejan en aquél expresamente subsistentes, pasado dicho plazo, las disposiciones del artículo 12 de la Ley de 1940 con una ligera modificación que recoge el 133 de L.A.U.

Una Orden de 14 de marzo de 1946, ordena el archivo de las declaraciones presentadas al amparo del artículo 14 de la Ley de 31 de diciembre de 1945, siempre que el aumento declarado sea inferior al 5 por 100 (art. 1.º), de acuerdo con el artículo 1.º del Decreto de 31 de mayo de 1943, que se declara en el Preámbulo de «carácter general y permanente». Pero si se expiden certificaciones de las rentas declaradas (lo serán con referencia a la última declaración presentada), aunque hubiere sido archivada (artículo 2.º) (7).

(7) En cuanto a la necesidad de tener declarada a Hacienda la renta verdadera para poder repercutir los aumentos de contribución, véase el artículo 2.º del Decreto de 11 de enero de 1946.

El artículo 133 de la ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946.—Sucintamente expuestos los precedentes legislativos, no resulta difícil interpretar el artículo 133 de la L. A. U., pues se dispone de todos los elementos que han servido para estructurarlo. De no seguir este proceso, la labor interpretativa ofrece algunas dificultades, pues debe reconocerse que su redacción no responde a una técnica impecable, ni aun desde el punto de vista gramatical.

Veamos, primeramente, qué es lo que dice este discutido precepto :

«Artículo 133. El derecho del arrendador a las elevaciones que este capítulo autoriza podrá ejercitarlo en cualquier tiempo. Pero si le fueren abonadas rentas superiores a las que figuren como base de la contribución territorial, y en los plazos establecidos en las leyes fiscales no declarase a la Hacienda las que efectivamente perciba, los arrendatarios de vivienda o local de negocio podrán limitar el pago de sus alquileres a las cantidades declaradas, o a las que si no se formuló declaración, sirviesen de base al tributo, entendiéndose en estos casos novado el contrato en cuanto a la renta sin necesidad de acudir a juicio.»

La primera proposición del artículo, no ofrece dificultad ; deberá tenerse en cuenta que se trata del capítulo IX de la ley, que versa acerca «de la renta, de su revisión y de la fianza», y que han sido promulgados los Decretos de 17 de mayo de 1952 y 6 de marzo de 1953.

La segunda proposición del 133 está unida a la primera por la partícula «pero», que no contribuye ciertamente a dar claridad, pues ambas proposiciones bien podían haber figurado en dos artículos diferentes.

La fórmula utilizada recoge en parte lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de 16 de diciembre de 1940 y en el 14 de la de 31 de diciembre de 1945, pero no los reproduce literalmente, sino que les da una nueva redacción. Ello plantea el problema de su posible derogación por el artículo 133 de la ley de Arrendamientos Urbanos. Conforme a la disposición transitoria 27 de ésta, («a partir del día en que se publique en el «Boletín Oficial del Estado» el texto articulado de esta ley, quedarán derogadas todas las disposiciones especiales dictadas en materia de arrendamientos urbanos», de lo cual se deduce la subsistencia de las citadas normas, por ser de naturaleza fiscal la ley en que están recogidas.

Por otro lado, el artículo 133 es un precepto de naturaleza civil, pero que recoge en su supuesto un hecho fiscal al referirse al arrendador que «en los plazos establecidos en las leyes fiscales» no declarase a la Hacienda las rentas que perciba, lo cual constituye una remisión a los plazos que en cada momento establezcan las leyes de esta clase ; plazo que en este momento está regulado en el artículo 1.º del Decreto de 21 de mayo de 1943.

Bien puede afirmarse que este precepto constituye un instru-

mento poderoso en la lucha contra el fraude fiscal; seguramente, el más eficaz de los utilizados hasta ahora por el Fisco, y que, perdido en disposiciones fiscales poco divulgadas, ha adquirido auténtica popularidad al incluirse en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pronto lo vió la doctrina, y así, García Royo (8) nos dice que se trata «de uno de los preceptos más importantes de la L. A. U., tanto por la facultad que otorga, como por la formidable posibilidad de hacerla efectiva», agregando que «se inspira en el deseo de sancionar al arrendador que defrauda al Estado al declarar productos o beneficios inferiores a los que realmente percibe, concediendo a los ocupantes arrendatarios la posibilidad interesada y egoísta de colaborar en la represión de este fraude a través de la amenaza potencial que pesa sobre aquéllos».

También debe reconocerse que la doctrina, casi sin excepción, no lo ha juzgado con simpatía, alegándose por Fuentes Lojo (9) «la dureza del mismo», y, en el mismo sentido, por Rivero de Andrea (10), que «las consecuencias de la aplicación de los preceptos legales comentados resultan en verdad un poco duras y desproporcionadas con la falta cometida por el propietario». Más resueltamente se le enfrentan, Flores Micoche (11), afirmando que «la injusticia del propietario no autoriza ni legitima otra injusticia por parte del inquilino, que al reducir la renta por bajo del efectivo valor en uso del local destruye la conmutatividad del contrato»; Nart (12), que repite casi sus mismas palabras, y Martín-Retortillo (13), que dice haber tenido este precepto consecuencias «altamente perturbadoras», pues el propietario exige, para precaverse, una prima de entrada, siendo en su opinión más justo «elevar la renta manifestada en Hacienda a la pactada y convenida en el nuevo contrato», pues «no es serio llegar a la novación de un contrato como recompensa y premio a un arrendatario que aceptó y convino una renta».

En nuestra opinión, no aciertan los autores que critican a este precepto, por ir contra la conmutatividad del contrato. Como dice Fuenmayor (14), «distinto fin persigue el artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. No mira este precepto a tutelar la equivalencia de prestaciones, sino a conseguir—con la colaboración interesada del arrendatario—un aumento en la recaudación de Hacienda». El punto de vista del legislador no es el de la justicia con-

(8) II, 1.º, pág. 479.

(9) «Suma de arrendamientos urbanos», pág. 272.

(10) RIVERO DE ANDREA, Fernando: «La declaración de rentas a la Hacienda y la novación del contrato por el inquilino», *RDP*, 1954, pág. 412.

(11) *Loc. cit.*, pág. 212.

(12) NART, Ignacio: «Ex arrendamientos», *ADC*, 1951, IV, 3.º, pág. 925: «La injusticia del propietario que defrauda a la Hacienda no puede justificar la del inquilino, que menoscaba la contraprestación debida.»

(13) MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo: «Régimen jurídico de arrendamientos urbanos», *RJC*, 1953, págs. 34 y ss.

(14) FUENMAYOR, Amadeo: «La equivalencia de las prestaciones en la legislación de arrendamientos», *ADC*, 1950, III, 4.º, pág. 1207, nota 34.

mutativa, sino el de esa otra especie de justicia que obliga a todos los ciudadanos del Estado a contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas públicas; y como en España el fraude fiscal parece tener grandes proporciones, por razones de bien común permite que se altere la conmutatividad del contrato de arrendamiento, concediendo al arrendatario como premio a su colaboración con la Hacienda Pública, una rebaja en la renta. Claro es que, en buena doctrina, este derecho de novar el contrato en cuanto a la renta «*ope legis*» debe tener un carácter excepcional, en tanto en cuanto persista el fraude fiscal. Y es ingenuo, por otro lado, pensar que el arrendatario cooperaría a la función fiscal si no obtuviera recompensa alguna.

Sin detenernos a examinar el mecanismo del artículo 133, sólo nos interesa destacar que, de todos los problemas a que en la práctica ha dado lugar (15), merece especial mención, por su conexión con el Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954, el suscitado por la extemporánea declaración del arrendador a la Hacienda.

La declaración del arrendador a la Hacienda fuera del plazo y el derecho del arrendatario a reducir la renta.—Nos interesa, en primer lugar, determinar a qué plazo remite el artículo 133. Sin duda, al consignado en el párrafo tercero del artículo primero del Decreto de 21 de mayo de 1943, que dice: «La declaración será presentada en las Administraciones de Propiedades y Contribución Territorial, o, donde no tenga órgano directo la Administración, en los respectivos Ayuntamientos, *dentro del trimestre natural* en que se lleve a cabo el aumento de renta, y surtirá efectos contributivos desde el trimestre natural siguiente.»

Esta cuestión del plazo es un ejemplo de cómo, sirviendo un mismo hecho, de supuesto para dos ordenamientos distintos—en este caso, el civil y el fiscal—, no siempre las técnicas de aplicación coinciden.

En efecto, la doctrina (16) y la práctica tributaria han venido entendiendo que este trimestre natural es el que comienza el 1 de enero, 1 de abril, 1 de julio y 1 de octubre de cada año, para finalizar, respectivamente, el 31 de marzo, el 30 de junio, el 30 de septiembre y el 31 de diciembre.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha declarado en la Sentencia de 27 de marzo de 1952, confirmada por las de 1 de mayo de 1953 y 9 de julio del mismo año, que debe entenderse por trimestre natural el plazo de noventa días siguientes a la fecha del contrato. Doctrina que reputamos acertada, por cuanto que concede a todo propietario el mismo espacio de tiempo para cumplir sus obligaciones con la Hacienda, lo cual no sucedería de aceptar la interpretación fiscal de trimestre natural (17).

(15) Una buena exposición en la excelente obra de FUENTES LOJO, cit., págs. 272 y ss.

(16) Cfr. RIVERO DE ANDREA: loc. cit., págs. 406 y ss.

(17) Nos parece poco convincente la explicación que da RIVERO DE AN-

La doctrina está de acuerdo en que si el propietario no cumple en esos tres meses la obligación de declarar a la Hacienda la renta que percibe, el arrendatario puede obtener la novación de su contrato reduciendo la renta a la efectivamente declarada o a la que sirva de base al tributo, aunque con posterioridad al ejercicio de este derecho el propietario declare la renta verdadera a la Hacienda, incluso con efecto retroactivo (18). Pero ¿qué sucederá si ese «ponerse a bien con la Hacienda» ha ocurrido después del trimestre natural, pero antes que el inquilino ejercite su facultad novadora? (19).

Podemos examinar esta cuestión tal como se ha resuelto por la doctrina, primero, y luego por la jurisprudencia.

En aquélla existe división de opiniones. No está claro lo que opina Bellón (20) al afirmar que al propietario «no le servirá una declaración en cualquier tiempo, y menos realizada luego que el arrendatario haya utilizado el derecho que este precepto (el 133) le trae». Pero se inclinan francamente por la no realización de la novación Flores Micheo y Querol Giner; el primero dice que «si el arrendatario rectifica el incumplimiento fiscal antes que el inquilino, fundándose en (el artículo 133), produzca mediante su declaración unilateral de voluntad la modificación del contrato, destruye por su base el derecho potestativo del arrendatario y hace imposible la novación modificativa» (21); el segundo alega como razones que abonan esta misma solución: que este precepto tiene indudables miras fiscales, que de admitir otra interpretación se cierra al propietario el camino del arrepentimiento, que supuesta la finalidad fiscal del precepto es absurdo dar lugar a la novación si esa correlación ya está establecida, que el inquilino que deja transcurrir el tiempo inactivo se convierte en cómplice del propietario burlador (22).

Se inclinan, en cambio, por la irrelevancia de la declaración del

DREA (loc. cit., pág. 407), cuando dice: «No hay propietario tan poco conocedor de sus derechos y obligaciones que consigne como fecha de un contrato el último día del tercer mes del trimestre, cuando nada le impide fecharlo al día siguiente».

(18) Cfr. ALVAREZ GUERRA, Fernando: «Comentarios a la Ley de Arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946», Cáceres, s. f., pág. 181; CARNICERO ESPINO, Jesús, y GARRALDA Y VALCÁRCE, José: «Arrendamientos urbanos», Logroño, 1947, pág. 236; BELLÓN CÓMEZ, Ildefonso: «Régimen legal de los arrendamientos urbanos», 2.ª ed., Madrid, 1949, pág. 376; FERREIRO, Fernando: «El arrendamiento de la propiedad urbana», 2.ª ed., Valladolid, s. f., página 253; VÁZQUEZ, Antonio: «Comentarios a la Ley de Arrendamientos urbanos», Madrid, s. f., pág. 169; GARCÍA ROYO, Amando: loc. cit.

(19) No nos referimos, claro es, a los problemas que pueden derivarse de la distinta conceptualización del trimestre por parte de la Hacienda y del Tribunal Supremo y que pueden originar el que una declaración sea válida para producir unos efectos y extemporánea para otros.

(20) Loc. cit., pág. 376.

(21) Loc. cit., pág. 217.

(22) Artículo publicado en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia» el 15 de septiembre de 1949.

arrendador fuera del plazo de Rivero de Andrea y Fuentes Lojo. El primero sostiene (23) que, «nacido el derecho del inquilino para pedir la revisión de la renta por haber transcurrido el plazo reglamentario sin que el propietario presenta a la Hacienda la declaración del aumento, no hay nada que evite la novación, ni la declaración posterior, ni la investigación por la Hacienda, ni aun el pago de la contribución atrasada». El segundo expone las razones de una y otra tesis, enumerando entre las negativas las siguientes (24): que no tendría sentido la frase «en los plazos establecidos en las leyes fiscales», que de otra suerte se harían prácticamente imposibles las reducciones de renta al conocer el propietario con unos días de antelación la voluntad del inquilino; después de hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que luego expondremos, se inclina por la mencionada posición.

Supuesta la vigencia del artículo 12 de la Ley de Reforma Tributaria, no cabe otra solución que negar virtualidad a toda clase de declaraciones extemporáneas del arrendador, ya se hagan antes de que el inquilino ejercite su derecho a novar el contrato, ya posteriormente.

En este sentido se ha manifestado reiterada y uniformemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de febrero de 1948, 16 de diciembre de 1950, 10 y 20 de febrero de 1951, 21 de mayo y 9 de julio de 1953, 7 de abril y 28 de junio de 1954. De todas ellas sólo expondremos algunas de las más expresivas.

En la de 23 de febrero de 1948, con posterioridad a la fecha del contrato, y transcurrido el trimestre natural (25), se verificó una comprobación catastral a consecuencia de la cual se asignó al inmueble arrendado una renta igual que la efectivamente abonada por el inquilino. El Supremo declara que «el hecho de que con posterioridad al arriendo originario de la litis se practicara una comprobación catastral... no enerva la acción del inquilino encaminada a reducir el alquiler»; pero va más lejos todavía, y, anunciando su criterio para el futuro, dice: «porque a este fin no tienen eficacia esas nuevas valoraciones realizadas por el Servicio del Catastro en favor de los intereses del Tesoro, ni siquiera las rectificaciones que «a posteriori» pueden solicitar los propietarios, con miras quizá lucrativas y en daño de los inquilinos».

El caso resuelto por la sentencia de 9 de julio de 1953 es, en este aspecto, un supuesto límite; se trataba, en efecto, de una de-

(23) Loc. cit., pág. 410

(24) Loc. cit., pág. 276.

(25) En cambio, si esa comprobación registral se verifica dentro del plazo, a los efectos del artículo 133, es como si el propietario hubiera efectuado la declaración, «pues no es justo ni equitativo aplicar al propietario la sanción civil de reducción de la renta cuando la contribución, por actos de la Hacienda verificados en el periodo señalado para la declaración, resulta debidamente rectificadas». (Sentencia de 27 de marzo de 1952.)

claración hecha por el propietario a la Hacienda *un día después* de los noventa, y el Supremo la considera declaración tardía y, por tanto, irrelevante para enervar la acción del inquilino ejercitada posteriormente a esa declaración, sentando que, «no habiéndose hecho la declaración en tiempo hábil, es procedente la acción revisora entablada por el inquilino» (26).

A idéntica solución se llega en la sentencia de 27 de abril de 1954, en la que se trataba de un contrato de arrendamiento concertado el 1 de julio de 1947, y en el que el propietario declaró a la Hacienda la renta el 1 de noviembre de 1949, ejercitándose el derecho a reducirla varios meses después.

Finalmente, exponremos el caso contemplado por la reciente sentencia de 28 de junio de 1954: se había concertado el arrendamiento el 30 de septiembre de 1947, y el arrendador hizo la declaración el 4 de octubre de 1948, ejercitándose después por el arrendatario su derecho a reducirla. El Juzgado de Primera Instancia no accedió a la demanda del inquilino, sentencia que confirmó la Audiencia; pero el Supremo da lugar al recurso, declarando que el artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, «conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala..., es aplicable en todos los casos en que se dé esta falta de conformidad entre la renta declarada y la renta satisfecha, siempre, naturalmente, que el propietario no hiciere la aludida declaración dentro del plazo de los tres meses naturales señalados por las disposiciones fiscales, y sin que sea obstáculo a la aplicación de esta sanción de carácter civil para el propietario el que se dé carácter retroactivo a la declaración verificada tardíamente» (27).

Ciertamente pueden parecer duras las consecuencias de la doctrina expuesta, sobre todo si se examinan algunos casos concretos (propietario olvidadizo, nuevo comprador que desconoce la situación tributaria de la finca, declaración efectuada un día después del trimestre, etc.); también puede parecer que se quita todo estímulo al arrendador para declarar su verdadera situación a la Hacienda, con lo cual puede estimarse frustrado el fin de la ley de obtener una mayor recaudación.

En el primer sentido se pronuncia Rivero de Andrea (28), al estimar que «tal derecho de revisión no debe existir cuando ya el propietario, aunque haya sido fuera del plazo, hubiese presentado la declaración exacta», pues de otro modo parece que el artículo 133 estaría destinado «a proporcionar un lucro permanente

(26) Por otro lado, en el caso del pleito se había demostrado la mala fe del inquilino, el cual soberrraspó el documento en que se había concertado el arriendo para variar la fecha, y por ello el T. S. manda proceder criminalmente contra él.

(27) Se declara asimismo que «la desproporción o diferencia entre la renta declarada y la contractual no autoriza a los Tribunales para dejar de aplicar los preceptos legales por no deducirse de ellos la mencionada excepción».

(28) Loc. cit., págs. 412 y 413.

al inquilino a costa del propietario y de la propia Hacienda, premio inmerecido para uno y castigo desproporcionado para otro, por una falta de carácter fiscal que se encuentra ya sancionada en otras disposiciones, aparte de que la Hacienda cuenta con órganos suficientes para descubrir la defraudación sin necesidad de acudir a la recluta de voluntarios, cuya acción sólo a ellos reporta beneficio».

Pero a estas objeciones acaso pudiera oponerse: que en muchas ocasiones esa posterior declaración del propietario es interesada; que al precepto se restaría mucha fuerza de admitir la eficacia, obstativa de la novación, de una declaración extemporánea del propietario; que quizá el pensamiento del legislador fué conseguir no ya una efectiva subida en la recaudación, sino la educación del contribuyente por medio de la amenaza de una enérgica sanción (29), y, finalmente, que a la Hacienda interesa no sólo evitar el fraude, sino que el pago de los impuestos se produzca en el momento en que cuenta con ellos.

En resumen, creemos que la postura acertada es ésta: la interpretación que hace el Tribunal Supremo del artículo 133 en el supuesto de declaración del arrendador fuera de plazo, es ajustada a derecho. Si las consecuencias que se derivan de ella parecen excesivamente duras, modérense por vía legislativa.

Y esto es lo que ha perseguido el Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954.

Finalidad del Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954.—Está claramente expresada en su preámbulo: «evitar la desnaturalización de las finalidades fiscales perseguidas por el artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y normas concordantes y el sacrificio de los intereses de la Hacienda Pública», que se producirían del mantenimiento incondicionado de esos preceptos. A este propósito se concede una moratoria fiscal (párrafo primero del artículo primero), y se suspende la aplicación—ya veremos por cuanto tiempo—de la doctrina jurisprudencial expuesta sobre la declaración extemporánea del arrendador (párrafo segundo del artículo primero). No se trata de derogar el artículo 133 de la Ley, sino de aliviar «la situación del contribuyente de buena fe» y de fortalecer la eficacia de ese precepto.

Como sabemos, se produce aquí una íntima relación entre el derecho civil y el fiscal; este último define el supuesto de hecho y marca la finalidad; de aquí una cierta situación de dependencia y de accesoriadad del primero respecto del segundo. Por ello afirmamos antes que mientras se compruebe la existencia de la defraudación fiscal en gran escala, hay razones suficientes para mantener el artículo 133, no obstante destruir la conmutatividad del

(29) Así dice la sentencia de 23 de enero de 1954 que la «novación otorgada a los arrendatarios (actúa) como un incentivo para cooperar a que se reflejen, en beneficio del Tesoro público, las variaciones experimentadas por los inmuebles».

contrato. Pueden variar las circunstancias—y es de desear varíen—, y entonces el 133 perdía su finalidad. Aun sin eso, puede estimarse necesario atenuar la dureza de las sanciones civiles por el incumplimiento de las obligaciones fiscales. Esto es lo que se persigue en el Decreto-ley que comentamos. Permitásenos dudar, sin embargo, de que con ello «se fortalezca la eficacia» de esos preceptos.

La moratoria fiscal.—Es un beneficio que suele otorgarse a los contribuyentes, unas veces con ocasión de grandes calamidades públicas (inundaciones, incendios, etc.) y otras con cierta periodicidad, al objeto de que el contribuyente descuidado, negligente o meramente incumplidor de sus obligaciones fiscales tenga una oportunidad y un estímulo de regularizar su situación tributaria; para ello se acostumbra a conceder la exención de multas y recargos que en otro caso tendría que abonar.

La presente moratoria tiene un antecedente en la concedida por el artículo 14 de la Ley de 31 de diciembre de 1945; se diferencia en el plazo, que entonces fué de dos meses y ahora es casi de tres. Por lo demás, los términos utilizados son en un todo semejantes.

Pueden beneficiarse de esta moratoria todos los propietarios de fincas urbanas arrendadas que perciban rentas superiores a las que vengan figurando como base de la Contribución Territorial; por tanto, no sólo aquellos propietarios cuyos contratos de arrendamiento estén regidos por la ley especial de Arrendamientos Urbanos, sino todos los que tributen por Urbana.

El plazo para presentar estas declaraciones finaliza el 31 de marzo del corriente año; como este Decreto-ley se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» del día 2 de enero, debe pensarse que desde ese mismo día podían presentarse las declaraciones, pues siendo ésta una ley permisiva no rige el plazo de 20 días del artículo 1.º del Código civil. Los propietarios han dispuesto, por tanto, de casi un trimestre para regularizar su situación tributaria por este concepto.

¿Qué sucederá si durante este periodo se establece la renta que verdaderamente se percibe, en virtud de una comprobación catastral?, pues, como dice Real de la Riva (30) «a través de dos cauces principales conoce la Hacienda la situación de los inmuebles: mediante la declaración jurada por alta que hacen los propietarios dando cuenta de la renta que obtienen, y a través de las Oficinas de Catastro Urbano, que con arreglo a los informes técnicos fijan las rentas susceptibles de producir los inmuebles». Dado los términos en que está redactado el párrafo primero del artículo 1.º del Decreto-ley, parece que debe excluirse en tal supuesto la aplicación de los beneficios de la moratoria.

(30) Loc. cit., pág. 1351.

Estas declaraciones fiscales paralizan el derecho del inquilino a reducir la renta.—1.º verdaderamente interesante de este Decreto-ley está contenido en el párrafo segundo del reiteradamente citado artículo 1.º, pues con ello se deroga la doctrina jurisprudencial antes mencionada acerca de la irrelevancia de la declaración del arrendador fuera de plazo, introduciendo una modificación importante en el artículo 133 de L. A. U.

Las declaraciones fiscales acogidas a esta moratoria, aunque hubieran sido presentadas fuera de plazo, surtirán plenos efectos, fiscales y civiles; es decir, tienen la virtualidad de paralizar el derecho que al arrendatario concede el artículo 133 de L. A. U.; creemos que la partícula «aunque» está de sobra, pues si tales declaraciones se presentan dentro de plazo, tienen por sí mismas eficacia bastante para enervar el derecho del inquilino sin que fuera preciso que lo estableciera este Decreto-ley.

Pero la disposición —de innegable naturaleza civil— tiene eficacia retroactiva, pues también se conceden plenitud de efectos a las declaraciones «que se hubiesen presentado antes de la publicación de este Decreto-ley». La única limitación está contenida en el inciso final: «siempre que el inquilino o arrendatario no hubiere iniciado el ejercicio de la facultad de novar la renta con anterioridad a la formulación de la respectiva declaración», limitación que parece razonable, pues en tal supuesto se hubiera adquirido ya el derecho por parte del inquilino, y de extender la retroactividad hasta ese extremo se produciría un ataque directo contra el principio que figura al frente de las disposiciones transitorias del Código civil.

Para que esta limitación juegue, el ejercicio judicial o extrajudicial de la facultad novadora debe haberse producido antes de la declaración, pues de haberse realizado después, la solución es otra. Con todo, creemos que debe establecerse una distinción: en los casos resueltos por sentencia firme con anterioridad a la publicación de este Decreto-ley, la retroactividad del mismo cede ante la cosa juzgada; y ello, aunque el arrendador hubiera presentado su extemporánea declaración a la Hacienda antes de que el arrendatario ejercitara la facultad de novar, como sucedía en los casos resueltos por las sentencias de 9 de julio de 1953, 27 de abril de 1954 y 28 de junio de 1954; ni aún siquiera cabe interponer recurso de revisión en el sentido de la Ley de enjuiciamiento civil. Pero en los demás, la retroactividad se opera, ya se encuentre el pleito en primera o en segunda instancia, ya pendiente de recurso de casación.

Si entendemos que por este Decreto-ley no se prohíbe ejercitar al inquilino su facultad novadora al amparo del artículo 133 de L. A. U., sino que se priva de eficacia al ejercicio *posterior* a la declaración fiscal del propietario al amparo de la moratoria, puede muy bien haberse producido una carrera contra reloj; por parte del propietario, para acogerse a los beneficios del párrafo primero

del artículo 1.º; por parte del inquilino, para ejercitar en tiempo y forma su derecho de reducir la renta.

Vemos, pues, que con esta disposición, sin derogarse el artículo 133 de L. A. U., se atenuan bastante sus rigurosas consecuencias para el propietario.

¿*Qué duración temporal tienen las normas de este Decreto-ley?*—En cuanto a la norma que establece la moratoria fiscal, la solución es clara. Su plazo de vigencia expira el 31 de marzo de 1955. Se trata de una norma de duración temporal por razón de su objeto; como dice De Castro (31), « las disposiciones legales pueden llevar dentro de su propio contenido, la indicación del límite de su vigencia. Unas veces, al marcar de modo expreso su duración; otras, por tener sólo, concretamente, un objeto determinado y transitorio». Enumera en nota, concretamente, «las disposiciones estableciendo moratorias».

Más dificultades ofrece la norma civil. Por un lado, parece que las finalidades que se apuntan en el preámbulo sólo pueden conseguirse manteniendo también para el futuro el párrafo segundo del artículo 1.º del Decreto-ley; la comparación de esta disposición con el artículo 14 de la Ley de 31 de diciembre de 1945 abona esa solución, pues allí, después de decretar una moratoria semejante, se añadía «que a partir de aquella fecha (1.º de marzo de 1946), los inquilinos podrán limitar su alquiler a la cifra declarada por el propietario o a la que, si no formuló declaración de rentas, sirva de base al tributo, entendiéndose al efecto novado el contrato», en tanto que aquí se ha omitido este inciso.

Por otro, es indudable que el segundo párrafo está en íntima relación con el primero, y que si éste tiene sólo una vigencia temporal, también debe tenerla aquél; además, no se hace referencia alguna a declaraciones que puedan presentarse después de 31 de marzo de 1955, pudiendo, consecuentemente, pensarse que la benignidad del legislador llega a suspender durante casi un trimestre la rigurosa aplicación del 133 de L. A. U., pero no a extender el favor con posterioridad en beneficio del contribuyente negligente.

Ahora bien, no olvidemos que si la norma civil tiene en su supuesto fáctico un hecho de naturaleza fiscal, no por ello abandona su propia técnica de aplicación del precepto; y si se ha visto el decidido propósito del legislador de otorgar validez a las declaraciones extemporáneas del arrendador, inclusive a las que por ser anteriores a 2 de enero de 1955 no pudieron beneficiarse de la moratoria fiscal, puede presumirse que el Tribunal Supremo seguirá análoga orientación cuando tenga que resolver supuestos de hecho posteriores a 31 de marzo de 1955.

Disposición derogatoria.—Se emplea la usual fórmula expresiva de que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en el artículo anterior» (art. 2.º del Decreto-ley). En

(31) «Derecho civil de España», I, pág. 629.

cuanto a las normas fiscales, debe estimarse en suspenso durante la vigencia de la moratoria, no el artículo 5.º del Decreto de 21 de mayo de 1943, sino el artículo 3.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952 que ha venido a sustituir a aquél. Por lo que respecta a las normas civiles, la disposición derogatoria alcanza al inciso final del párrafo segundo del artículo 12 de la Ley de Reforma Tributaria, de 1940, y a la doctrina legal sentada en copiosísima jurisprudencia, parte de la cual hemos extractado antes.

En cambio, no ha sido derogado el artículo 133 de la L. A. U., sino únicamente modificado en el sentido que hemos expuesto.

¿Reforma o supresión del artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos?—Desde el punto de vista del puro Derecho civil, parece natural y lógica la aspiración de eliminar cuanto antes este cuerpo extraño incrustado en un ordenamiento jurídico privado, que rompe algo tan connatural en los contratos onerosos como el principio de la conmutatividad, recogido como norma interpretativa en el artículo 1.289 del Código civil.

En cuanto a los resultados de la aplicación de dicho artículo 133, hay unanimidad en reconocer la extraordinaria dureza del mismo.

Creemos que también se reconocerá, con la misma unanimidad, que constituye el instrumento más eficaz que hasta ahora ha encontrado la Hacienda Pública para acostumbrar a los contribuyentes a cumplir *puntualmente* sus obligaciones fiscales.

Como observación final, diremos que dicho precepto se mantiene en el texto del proyecto de la nueva ley de Arrendamientos Urbanos publicado en el «Boletín de las Cortes» de 29 de enero de 1955, pero con importantes modificaciones. No se produce novación del contrato, sino una reducción en la renta durante un período de dos años; se introduce la novedad de conceder al inquilino derecho al reembolso de las cantidades abonadas por encima de la renta declarada; y en el supuesto de que el arrendador se hubiera adelantado al formular declaración, sólo se otorga derecho al reembolso (Base novena, apartado 10).

Reformas que nos parecen plausibles, y alguna de ellas —el derecho al reembolso de las cantidades abonadas por encima de la renta declarada— quizá de una mayor eficacia que la novación.

Seguramente, no será tan bien recibida, la modificación consistente en el derecho del arrendador de elevar la renta «si la Hacienda, en virtud de inspección practicada de oficio, asigna a la vivienda o local de negocio una renta superior a la que satisfaga el inquilino o arrendatario» (Base novena, apartado 6.º, letra C). Pues si bien no puede negarse que su finalidad es elevar indirectamente las rentas ínfimas, no puede evitarse esa novación que se ha querido suprimir en el caso anterior.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

EN LA UNIVERSIDAD DEL REAL SITIO DE EL ESCORIAL

Conferencia de González-Deleito sobre «Modalidades procesales consuetudinarias en el interior del Sahara Español»

En la Universidad de «María Cristina», del Real Sitio del Escorial, ha dado una conferencia sobre «Modalidades procesales consuetudinarias en el interior del Sahara español» el Profesor-ayudante de la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad Central, don Nicolás González-Deleito. Presidió el acto el Rector, con el Claustro de profesores y autoridades del Real Sitio.

El conferenciante, tras una referencia al valor histórico de la Universidad escorialense y a su alta significación cultural, estudió las circunstancias de la política española en el Sahara, destacando cómo, a partir de 1934 (año de las ocupaciones de Ifni y Smara), se había despertado el interés de los medios culturales de la Metrópoli por los problemas saharianos y el afán por conocer las costumbres, los procedimientos, las instituciones y la etnografía del interior del Sahara español.

Seguidamente estudió el derecho consuetudinario del Desierto, especialmente en su aspecto procesal, destacando las analogías y semejanzas entre el Derecho germánico medieval y el vigente, por imperio de la costumbre, en las tribus indígenas de nuestro Sahara. En efecto, el Desierto conoce las siguientes instituciones:

a) Un orden jurídico exclusivamente consuetudinario, con inexistencia absoluta de leyes escritas (salvo rarísimos casos de sumisión a la legislación del Profeta y a la jurisdicción de los «Kadis»).

b) La pérdida o privación de la paz jurídica (*Friedlosigkeit* de los germanos primitivos), como consecuencia de una rebelión inmotivada contra decisiones notoriamente justas de la «Yemáa» o asamblea de notables. Sin embargo, esta pérdida de paz jurídica no consiente nunca la posibilidad de dar muerte al afectado por ella, pues los saharianos se limitan a no permitir la presencia del rebelde en el seno de la tribu.

c) La venganza privada, en caso de inejecución de la sentencia de la *Yemáa* (por oponerse a la ejecución el condenado), no sólo contra el culpable, sino contra su parentela («Sippe»), en una ampliación extraordinaria del círculo de la legitimación pasiva.

d) La composición (el «Wergeld», la «Busse» y el «Fridensgeld» del Derecho germánico), posibilidad de arreglo amistoso incluso en cuestiones de carácter criminal, mediante fijación de cantidades para indemnizar a la víctima o a sus herederos y—lo más importante—para comprar la paz perdida.

e) Absoluta oralidad y publicidad del procedimiento, con reducción de los medios de prueba a los de confesión de las partes y declaración de sus testigos.

f) Jurisdicción siempre rogada, incluso en cuestiones de orden criminal.

Y g) Voluntariedad de la ejecución de sentencia, por no existir ejecución forzosa por vía judicial, ya que la efectividad del fallo depende de que el condenado quiera acatarlo.

Estudió las particularidades del Derecho procesal consuetudinario sahariano, que divide los juicios, de modo simple y rudimentario, en dos únicas clases. a) Asuntos de escasa importancia, cuyo resultado es la absolución del demandado o su condena a la «targuiba» (sacrificio de un camello en favor del demandante). Y b) Asuntos de verdadera importancia, en los que la «Targuiba» es presupuesto procesal para entrar en el juicio, que se desarrolla en un solo acto, con varias réplicas y contrarréplicas, recibimiento a prueba, práctica de las de confesión y testifical (únicas existentes) y sentencia dictada por mayoría, tras una brevisísima deliberación subsiguiente a la realización de la prueba. La sentencia condenatoria sólo se ejecuta si quiere el condenado, pero de negarse éste a la efectividad del fallo, el vencedor en la litis dispone de un «derecho a la represalia», con limitación talional: No puede causar a su adversario un mal mayor del recibido.

El señor González-Deleito terminó destacando la misión civilizadora de España en los territorios saharianos y el fenómeno, cada vez más notable, de que muchas tribus nómadas del interior del Desierto se acogen al ordenamiento jurídico español y a la decisión de nuestros órganos jurisdiccionales.

R.

Conferencia de Alberto Ballarín en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

Con el título «Biología de la propiedad rústica y de los contratos agrarios», el joven notario de Sevilla don Alberto Ballarín desarrolló el día 16 de marzo, en el salón de actos del Instituto, una interesante conferencia, modelo de virtuosismo expositivo y de certero análisis jurídico.

Desde el promontorio revolucionario de la ley de 17 de julio de 1954, que al facilitar al arrendatario el acceso a la propiedad infiere al arrendamiento una herida de muerte, el estudio de la historia de los contratos agrarios y la propiedad rústica permite al conferenciante sentar la afirmación de que ambos tienen una Biología. Los contratos agrarios nacen, crecen, se transforman, mueren y se borran de la realidad jurídica. Con ellos cambia también la propiedad rústica, siempre en trance de integración o desintegración. Para demostrar su aserto nos invitó el conferenciante a un recorrido histórico, partiendo, como es rigor en Derecho, desde Roma. En ella encontramos una escisión de la propiedad en quirritaria formal y bonitaria sustancial, asistiendo al progresivo ascenso del cultivador, mero precarista al principio y propietario auténtico al final. Igualmente observamos cómo el precario es el medio al servicio de la puesta en cultivo de grandes superficies, instrumento jurídico que aplicará la posteridad a los mismos supuestos. En la Edad Media el censal es la institu-

ción típica al servicio de una nueva división del dominio, que poco a poco se recompone. La Revolución francesa concluye el ciclo al decretar la redimibilidad de la enfiteusis y los demás censos. Pero, por la misma dialéctica histórica, comienza otra nueva fase de desintegración del dominio. Su instrumento es el contrato de arrendamiento, cuya evolución hasta la nueva ley fué objeto de su examen.

En nuestro tiempo parece ser que la propiedad se adhiere a un principio dinámico y que su más legítimo título de adquisición y disfrute es el trabajo. Ahora bien, este principio, que justificó el ascenso del cultivador directo, está dialécticamente implicando su sustitución por los asalariados adscritos al servicio de la explotación agrícola. Ve, por tanto, Mallarín en el contrato de trabajo el nuevo instrumento de descomposición del dominio y de su síntesis futura.

La nueva ley, nos dice, no encaja en la fórmula de Noguera «de la enfiteusis a la enfiteusis», sino en la «de la propiedad a la propiedad más libre». El legislador se ha dado cuenta de que es imposible seguir concediendo al cultivador facultad tras facultad y seguir considerándole como arrendatario. En consecuencia, le facilita el acceso a la propiedad, colocando con esta medida a nuestra legislación entre las más progresivas. El arrendatario ascendido a la propiedad sólo encuentra frente a sí al Estado, cuya intervención resulta favorecida por la concretización y unificación de las titularidades.

Los aplausos rubricaron con espontaneidad la sugestiva y brillante disertación.

S. MORO SERRANO

Conferencia de don Ramón Beneyto sobre «Concentración parcelaria en España»

Bajo los auspicios de la Sección de Legislación Hipotecaria y Notarial y en el Salón de Actos del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, tuvo lugar el pasado día 9 de marzo la brillante y documentada disertación del Ingeniero Jefe de los Servicios de Concentración Parcelaria del Ministerio de Agricultura y Abogado, don Ramón Beneyto Sanchis.

Con el conferenciante ocuparon la Presidencia el Subsecretario de Agricultura, señor Cejudo; Director del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, señor Arcenegui; los Directores generales de Coordinación, señor Pardo Canalis; de Agricultura, señor Cánovas; de Montes, señor Martínez Hermosilla; de Ganadería, señor García Alfonso; de Colonización, señor Torrejón, y del Instituto de Estudios Agro-Sociales, señor Lamo de Espinosa.

Expone primeramente el señor Cejudo que la conferencia de Beneyto abre el círculo de temas agrícolas a desarrollar, fundados en la legislación positiva dictada en los últimos años por el Ministerio de Agricultura, indicando que el titular de la Cartera, don Rafael Cavestany, al hablar por primera vez en las Cortes Españolas, hizo saber que su política estaría encaminada a proteger al campo en sus aspectos social, económico y jurídico, llegándose a la formación de un auténtico estatuto jurídico del campo. No otra cosa significa el cúmulo

de disposiciones sustantivas incorporadas al ordenamiento jurídico que desbordando el arcaico concepto que sobre la propiedad nos legó el vigente Código civil en su artículo 348, reflejan su actual contenido, a tenor de la concepción político-social suministrada por el Movimiento Nacional; seguidamente alude a las leyes sobre empresas agrícolas ejemplares, fincas mejorables, patrimonios familiares del Instituto Nacional de Colonización, Ley de acceso a la propiedad, de 15 de julio de 1954; Concentración Parcelaria y Unidades mínimas de cultivo. Y refiriéndose concretamente al servicio de Concentración Parcelaria, dijo que la primera etapa estaba ya completamente superada, poniendo de relieve la eficacia del servicio no obstante la limitación de medios de que disponía. Tal éxito se debe a la actividad desarrollada por el señor Beneyto, Jefe del Servicio de Concentración Parcelaria, quien ha sido galardonado con la Cruz del Mérito Agrícola.

Una vez terminada por el señor Cejudo esta breve disertación, empieza la conferencia el señor Beneyto Sanchis, anunciando que el tema «Ensayo de Concentración Parcelaria en España» es un tema apasionante, muy sugestivo y, además, nuevo en España. Constituye en sí un problema de técnica agrícola que envuelve múltiples facetas de carácter eminentemente social. Y lo enfoca según las enseñanzas de la Iglesia Católica, que en todo momento tiene en cuenta los valores personales. Hay que partir de la base de que tal problema responde a una realidad tangible y que en España la tierra es madre de todas las actividades. A continuación expone, con datos estadísticos incuestionables, la gravedad que en España reviste la excesiva parcelación, especialmente en algunas provincias, y antes de analizar con detalle la Ley fundamental sobre Concentración Parcelaria de 20 de diciembre de 1952 y el Decreto-Ley de 5 de marzo de 1954, da una visión panorámica sobre el estado del problema planteado en el Derecho comparado, y citando, dentro de la literatura patria, a Jovellanos, Colmeiro, Pazos y otros, afirma que los únicos precedentes que existen en España sobre esta compleja materia son: 1.º El artículo 1.523 del Código civil, que regula el retracto de colindantes; y 2.º El número 9, artículo 6.º del Reglamento de Impuesto de Derechos Reales.

La reciente legislación de concentración parcelaria en España aborda tal problemática desde el punto de vista económico, social y jurídico, y en este último sentido hace obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad. Claro es, tampoco olvida el aspecto eminentemente técnico de la cuestión.

Señalo que en Francia el Presupuesto de 1954 dedica a estas atenciones 2.000 millones de francos; Holanda, 300 millones de florines, y Suiza, 300 millones de francos suizos.

Luego analizo los resultados obtenidos en España en el año y medio que lleva implantada la reforma, y afirmó que han solicitado espontáneamente la concentración 138 pueblos de 16 provincias. Expuso las características de las concentraciones de Cantalapedra, Frechilla de Almazán, Torrebeña y otros, subrayando los resultados conseguidos. En Torrebeña (Guadañara), por ejemplo, las 3.373 que tenía antes de la concentración han quedado reducidas a 305, elevándose la superficie media por parcela de 0.17 hectáreas a dos hectáreas, y en Cantalapedra (Salamanca), de 5.581 parcelas han pasado a ser 641, y la superficie media, de 1.13 hectáreas a 10 hectáreas, aproximadamente.

Finalmente hizo constar que para cubrir las sucesivas etapas sería preciso habilitar nuevos recursos.

Seguidamente se proyectó una cinta relativa a la forma en que Alemania trata de resolver el problema de la concentración parcelaria, al no poderse presentar una española por hallarse en vías de realización, y los asistentes al acto, que llenaban totalmente el salón del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, fueron obsequiados con un plano de la concentración parcelaria efectuada en Cantalapiedra (Salamanca) y diversos folletos, explicativos unos de las finalidades legales, y otros sintetizando, en esquema, el desarrollo de la parcelación.

A. G. R.

B) EXTRANJERAS

La ley danesa de sociedades anónimas

Promulgada en 28 de agosto de 1952, es, en realidad, un texto refundido de la de 15 de abril de 1930, con sus complementarias de 13 de abril de 1938, 15 de marzo de 1939, 18 de junio de 1951 y 7 de junio de 1952. Consta de novena y un artículos, distribuidos en los siguientes epígrafes que no se denominan títulos ni capítulos:

- Disposiciones preliminares.
- Constitución de las sociedades anónimas.
- Aumento del capital social.
- Acciones, títulos provisionales y registro de acciones.
- Liberación de acciones.
- Reducción del capital social.
- Adquisición por las sociedades anónimas de sus propias acciones.
- Rendición de cuentas y afectación de beneficios.
- Préstamos a los accionistas.
- Consejo de administración y Consejo de dirección.
- Comprobación de cuentas.
- Asambleas generales.
- Disolución de las sociedades anónimas.
- Sociedades anónimas extranjeras.
- Registro.
- Sanciones penales y disposiciones transitorias.

Por anónima se entiende en la Ley toda sociedad mercantil en que ninguno de los socios es personalmente responsable de la ejecución de las obligaciones sociales, sino que, por el contrario, responden únicamente con los bienes comunes (capital social) que fijan ellos mismos. Cualquiera que sea su forma, la sociedad es mercantil si tiene como fin la realización de beneficios económicos para ser repartidos entre los socios.

La fundación de la sociedad exige: un contrato escrito de constitución, la reunión de la asamblea constituyente que elabore el proyecto de estatutos y designe el Consejo de administración y a los verificadores, y la inscripción de la sociedad en el registro de anónimas. El número de fundadores no puede

ser inferior a tres. Habrán de gozar de ser mayores de edad y en plenitud de derechos civiles; la mayoría estará constituida por nacionales domiciliados en el reino, o por no nacionales con cinco años de residencia. Son menciones obligadas del acto constitutivo: nombre, sede principal y objeto sociales; capital, parte del mismo suscrita por los fundadores, cifra máxima de gastos de fundación y, eventualmente, las condiciones en que la sociedad se hará cargo de un negocio ya existente o de bienes determinados. Cuando los fundadores no suscriban íntegramente el capital social constarán, además: cifra ofrecida a suscripción por otros, mínimo que debe estar suscrito para iniciar las actividades sociales, modo de emisión de acciones, liberación, existencia eventual de derechos especiales derivados de ciertas acciones y naturaleza de los mismos, ídem de limitaciones a la circulación de acciones, determinación de si serán nominativas o al portador, modo de convocar la asamblea general y plazo de preaviso, y reglas relativas al derecho de voto. La preparación del proyecto de estatutos se confía a los fundadores.

El capital social inicial no puede ser inferior a 10.000 coronas en las sociedades anónimas comunes, ni a 50.000 en las de seguros. El número de accionistas no puede ser inferior a tres, salvo que la totalidad de las acciones lleve a pertenecer al Estado, a un Municipio o a una Sociedad anónima o comanditaria por acciones.

La asamblea general se reúne, lo más tarde, cuatro meses después de la fecha de contrato de fundación, y a ella serán convocados todos los suscriptores de acciones. Su misión inicial es ratificar aquel acto, examinar y, en su caso, aprobar el proyecto de estatutos y efectuar los nombramientos arriba aludidos.

La inscripción en el Registro de sociedades anónimas tendrá lugar a los seis meses siguientes a la constitución, salvo autorización especial del Ministerio de Comercio. Para entonces estará desembolsado el 10 por 100 del capital suscrito; en las sociedades aseguradoras, el 25 por 100; sin este requisito no se inscribirán. Para practicar el asiento se presentará en la oficina registral un formulario legal cuyas menciones se determinan. Cualquier modificación en el estatuto social se registrará en plazo de un mes desde que se produzca. Los aumentos del capital habrán de ser acordados en asamblea general, precisando su cifra, el derecho de preferencia a la suscripción de las nuevas acciones, en su caso, y las eventuales restricciones a su circulación.

En término de un año desde la inscripción, el capital suscrito debe estar íntegramente desembolsado. Las acciones no pueden emitirse por bajo de su valor nominal. Las reservas que no resulten de las listas de suscripción no surtirán efecto contra la sociedad. Los títulos representativos de las acciones pueden entregarse aun antes de haber sido totalmente satisfecho su importe; pero, en tal caso, al tiempo de recibirlos, el accionista suscribirá una promesa de pago de la diferencia; todo interés ulterior será aplicado a la satisfacción de ésta hasta su totalidad. La cesión de acciones no completamente liberadas sólo podrá tener lugar previo acuerdo del Consejo de administración.

La reducción del capital social por bajo de la cifra legal inicial antes aludida requiere autorización del Ministerio de Comercio. Habrá de ser acordada en asamblea general, sin «quorum» especial, y no puede tener lugar sin pre-

via convocatoria a los acreedores sociales y establecimiento de garantías suficientes.

La sociedad no puede adquirir ni aceptar en garantía sus propias acciones, sino hasta el 10 por 100 del capital social, salvo como instrumento de reducción. Las adquiridas por ella quedan privadas del derecho de voto y no se tendrán en cuenta para cómputo de mayorías.

Los administradores formulan anualmente un balance que es sometido a la aprobación de la asamblea general, previa exposición durante ocho días para examen por los accionistas. Determinará claramente las pérdidas y los beneficios. De éstos se deduce un 10 por 100 a título de reserva legal hasta alcanzar la décima parte del capital; a partir de este momento la reserva será del 5 por 100 hasta llegar a cubrir una cuarta parte de dicho capital. El balance aprobado debe ser notificado al Registro de sociedades anónimas.

En las sociedades de más de 100.000 coronas de capital, y a título de delegado del Consejo de administración, actúa otro Consejo de dirección, especialmente encargado de velar por la marcha contable de la empresa. Salvo excepciones muy cualificadas, los miembros de ambos deben ser nacionales y residir en el país. Su retribución puede consistir en una cifra predeterminada o en una participación en los beneficios netos; nunca en los beneficios brutos.

La sociedad se disuelve cuando carece de Consejo de administración (sic) y cuando el número de accionistas llega a ser inferior a tres, salvo que aumente en plazo de tres meses. Si en el último supuesto continúan las actividades sociales, los socios que contraten en nombre de la entidad serán solidariamente responsables de las obligaciones contraídas, a menos que expresamente se pactare otra cosa con los acreedores. Al adoptar el acuerdo de disolución, la Junta general puede designar liquidadores o delegar en el Ministro de Industria y Comercio para que lo haga. Los accionistas que representen una cuarta parte del capital pueden solicitar de dicho Ministerio el nombramiento de un liquidador que colabore con los designados por la Junta general. El mismo derecho asiste a los acreedores sociales cuyos créditos asciendan a la quinta parte del capital social, cuando se declare que la sociedad está en insolvencia. En caso de quiebra, los liquidadores la notificarán inmediatamente al Registro.

Las sociedades extranjeras legalmente constituidas en su país pueden ejercer sus actividades en Dinamarca, salvo el comercio al detall, y siempre en función del principio internacional de reciprocidad.

El Registro de Sociedades anónimas funciona en Copenhague bajo la dirección de un funcionario nombrado por el Rey. Contra su calificación denegatoria de la inscripción solicitada puede interponerse recurso gubernativo ante el Ministro de Industria y Comercio, sin perjuicio del judicial ante el Tribunal de Apelación de la capital.

La negligencia de los administradores en inscribir actos que deben tener acceso al Registro o a dar cumplimiento a acuerdos sociales puede ser sancionada con multa.

II. NOTA CRÍTICA

Una reelección sobre la causa

JOSE MARIA DESANTES GUANTER

Doctor en Derecho

Reunidos en un volumen de la Biblioteca del Pensamiento Actual, bajo el título *De la guerra y de la paz* (1), ha publicado el catedrático de Derecho romano de la Universidad de Santiago de Compostela un conjunto de trabajos que han visto la luz o están imprimiéndose en diversas revistas culturales y científicas.

El libro del profesor D'Ors merece atención en una revista jurídica como ésta por varias razones. Por los valores intrínsecos de su contenido y de su forma que, al prestigiar a su autor, prestigian también al Anuario del que D'Ors es colaborador destacado; por la recia personalidad científica del autor y su calidad de investigador del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos; y también porque desde las páginas del Anuario sostuvo su Director una memorable polémica con el profesor de Compostela. Además, el libro de D'Ors tiene una constante preocupación: el Derecho. Si su autor no tuviese bien contrastada su vocación, este gran libro de pequeño tamaño sería su ejecutoria. Pero es la última razón la que justifica no sólo que en una revista especializada se dé cabida a la noticia de un libro que aparentemente no tiene nada que ver con el Derecho civil, sino que se traiga a la Sección de Notas críticas y se le dedique una atención extensa: hacia el final del libro, y como de imitación previa de concepto para desembocar en la causa justa de la guerra, D'Ors dedica un capítulo a pensar sobre la causa jurídica.

De propósito hay que limitar aquí las posibilidades de extendernos en la consideración general del volumen. El libro es sencillamente magnífico. En él se alían la profundidad y la elegancia de estilo, en una proporción clásica. Alvaro D'Ors, escritor, hace honor a su ya glorioso apellido de pensador y estilista. Y el haber obtenido el Premio Nacional de Literatura «Francisco Franco», correspondiente al año 1954, me parece que es suficiente para relevarnos de todo otro encomio.

Más importante es para nosotros el aspecto de la constante jurídica en la obra de D'Ors. El libro es como un monólogo contrapuntado por la figura y las ideas de Carl Schmitt, al cual va dedicado: *Carolo Schmitt clarissimo viro gratulus solvit amicis*. Esta especie de patronazgo del viejo maestro, buscado de propósito por el jurista joven en pago de su enseñanza, no solamente no priva de originalidad a los escritos de D'Ors, sino que acusa más brillantemente su personalidad y sus casi deslumbradoras ideas que a veces llegan incluso a superar en madurez e inteligencia a las del jurista alemán. El tema del libro sólo puede encontrarse pulsando su vena jurídica; el mismo autor se da cuenta y afir-

(1) D'Ors, Alvaro: *De la guerra y de la paz*. Volumen 28 de la Colección "Biblioteca del Pensamiento Actual". Madrid. Ediciones Rialp, 1954, 8.º; 217 páginas.

ma que trata de exponer las ideas que sobre unos temas sustenta un pensador profesional del Derecho y de la Historia. Y con este fundamento alcanza D'Ors páginas hermosas, como las de *Mare Nostrum*; construcciones de la trascendencia de los capítulos dedicados a Francisco de Vitoria (2), descubriendo una postura original y extrema, pero llena de envidia y creo que de razón; o verdades que al lector católico dejan una sensación de plenitud y serenidad, como la idea de restauración de la Comunidad Cristiana y la renuncia a sus sustitutos: Europa u Occidente. Cuesta esfuerzo no seguir enumerando aciertos, desde el anatema del «irenismo» intelectual, hasta la bella disertación de Coimbra sobre la intransigencia. Y siempre, martilleando, la idea del Derecho que, además de ocupar todo el trasfondo, aflora al texto en una buena antología de frases sobre problemas jurídicos cardinales.

* * *

Pero el objeto de estas notas es centrarse en el capítulo que lleva su misma rúbrica: *Una reelección sobre la causa* (3). D'Ors antes de hablar de la causa justa de la guerra, habla de la *iusa causa* simplemente, con más extensión incluso de la que luego necesita para la aplicación al tema bélico. En el frontispicio del capítulo está ya su razón de ser: el Derecho público se viene nutriendo de materiales suministrados por la jurisprudencia civil, o ciencia del Derecho civil. «Pero esto mismo nos obliga, a los humildes servidores del *ius civile*, a una constante y sincera revisión de aquellos materiales que ofrecemos a los cultivadores del Derecho público». Y he aquí que D'Ors recoge en las páginas siguientes (4) «los resultados de su esfuerzo por clarificar un concepto tan central como el de la *causa* jurídica».

Serías dudas han precedido a la entrega del original de estas notas críticas. Pesaron más las razones en pro de su publicación. Bien sé que caigo así en un mal denunciado por D'Ors hace poco tiempo (5) con toda razón: el de que las críticas las hacemos en España solamente los que, por preparación y posición académica, aún no hemos alcanzado un nivel superior, con lo cual pierden altura y objetividad. Pero me anima el pensar que las líneas que siguen están libres del segundo mal que D'Ors, en el mismo lugar, denuncia justamente: el «paletismo científico» de creer que la recensión es una forma de elogio y de temer que el autor se ofenda con una crítica sincera, que en este caso deja a salvo mi pública admiración hacia uno de nuestros mejores juristas de hoy y mi agradecido reconocimiento de su magisterio. De propósito, en ella he prescindido del aparato bibliográfico, ausente también en el texto analizado y que, por otra parte, abruma-

(2) La crítica de Vitoria o, mejor aún, de lo que significa en la Historia del Derecho público, no tiene nada que ver—y lo señalo porque lo he oído confundir—con la actitud contraria de D'Ors al estudio de los juristas clásicos españoles proclamada en tono de reto en el, por lo demás, precioso artículo titulado *Especialización, Universalidad y Acribia en las Ciencias históricas*, que ocupa las páginas 14 a 23 del número 2, agosto de 1954, en la Revista "Nuestro Tiempo". En el lugar oportuno espero poder analizar sus afirmaciones, aunque hay testimonios de autoridad suficiente para no tener que hacerlo.

(3) El capítulo según reza una nota a pie de página fué escrito como contribución a la *Epirrhesis für Carl Schmitt* (en prensa), editada por la "Academia Moralis", de Düsseldorf.

(4) Ocupa desde la página 159 a la 175.

(5) En el mismo artículo de "Nuestro Tiempo", citado en la nota 2; págs. 19 y 20.

ria por su prolijidad en asunto tan debatido como el de la causa. Por análogas razones omito ahora el examen del Derecho positivo.

* * *

La primera afirmación de D'Ors es que la confusión reinante en torno al tema de la causa se debe, ante todo, a la utilización de la palabra *causa* en el doble sentido de *causa eficiente* y *causa final*. Parece necesario, pues, antes de entrar en el examen del contenido de este aserto, llegar a tener una idea clara de lo que son y lo que significan estos dos tipos de causa.

La causa eficiente y la causa final son llamadas por los filósofos *causae extrinsecas*, en oposición a las causas material y formal, que por contribuir a la producción del efecto en virtud de la mutua comunicación de su realidad propia, reciben el nombre de *intrinsecas*. La causa eficiente y la causa final permanecen distintas del efecto, pero concurren a su producción conforme a su oficio peculiar y ejerciendo entre sí un recíproco influjo: *causae sunt sibi ad invicem causae*.

Cuál sea este oficio y en qué consista este influjo es fácil de concretar con ayuda de cualquier manual elemental de Ontología. Causa, en general, es aquello en virtud de lo cual un ser es lo que es: *id vi cuius ens est id quod est*. Todo ser, o todo efecto, depende, pues, en su existencia actual de las cuatro causas citadas; pero cada una de ellas ha influido en la producción del efecto de un modo distinto de tal manera que, faltando alguna, el efecto no se hubiera producido, pues ninguna de ellas puede suplir a otra. La causa eficiente y la causa final—sin entrar todavía en su calificación de jurídicas o extrajurídicas—han concurrido en la formación de todo efecto jurídico extrínsecamente, desde fuera de ese efecto, y tanto una como otra han podido y pueden de hecho ser tomadas en cuenta por el Derecho para estudiar científicamente la producción de dicho efecto o para determinar el valor de este efecto en función de sus causas. Precisamente por sus causas extrínsecas, que son las que, dado el objeto formal que las ciencias morales e históricas se proponen, contrastan el valor de los actos y sirven de índice para calificarlos. Más tarde veremos como ocurre así en la ciencia del Derecho y cuál sea el reflejo de esta trascendencia en la técnica jurídica.

«En el buen latín de los juristas clásicos—sigue la argumentación de D'Ors—causa era siempre la causa eficiente o *determinante*, es decir, un *prims*, nunca la causa final, un *posterius*.» El punto de partida del profesor de Compostela entraña, pues, una doble posición: considerar la *causa finalis* como un *posterius* y la causa eficiente como *determinante*.

Causa eficiente—seguimos de la mano de la Filosofía elemental—es aquella que con su actividad influye en la producción o existencia de un objeto. La relación entre la causa y el efecto, es decir, su causalidad, radica en su acción, en la producción de una energía que no la agota, ni siquiera la disminuye, ni la cambia: *causa causando non mutatur, non minuitur*. Es la causa *externa*—además de extrínseca—la causa más fácilmente visible y localizable, al menos cuando está actuando. Y de aquí que, en términos usuales, sea la que con preferencia se denomina causa. Que es un *prims* no cabe duda, pero esta nota no la define ni la individualiza por dos razones: porque toda causa es un *prims* del

efecto y porque la causa final es un *prius* con respecto a la causa eficiente, como se demuestra del examen de lo que sea causa final.

Causa final es aquello por lo cual la causa eficiente hace alguna cosa: *id cuius gratia aliquid fit*. Es decir, que la causa eficiente al obrar se propone conseguir un fin y es, precisamente para conseguirlo, por lo que obra. El fin—*posterius*—será lo último que consiga. Pero el fin, considerado en cuanto a causa, es lo que hace que el agente actúe. Es el móvil interno de la actuación de la causa eficiente. Previo, por tanto, al *prius* de la acción productora. De ahí que digan los filósofos que el fin-*causa* sea *primum in intentione* y el fin-efecto *ultimum in executione*. De ahí también que la causa final sea metafísicamente la reina de las causas: *causa causarum*. Y moralmente la causa relevante: de la bondad del fin, en primer lugar, y de que el acto sea consecuente con su fin bueno y propio, en segunda instancia, depende la bondad del acto.

Metafísica y Moral coinciden en señalar a la causa final como causa *determinante*: de que el efecto sea, de que sea éste y no aquél y de que sea bueno y no malo. La causa eficiente *actúa*, pero *no determina*.

La causa que determina a actuar es la causa final. El discernir, el fijar los términos de una cosa, en un ser inteligente, es previo al obrar y está en función del propósito de este ser, que elige el fin. A diferencia de los seres no inteligentes, que actúan por un fin que les resulta impuesto por la constitución misma de su naturaleza.

Es, por tanto, natural que el jurista, al manejar el término causa, se refiera a la causa final. La causa eficiente de los actos jurídicos recibe en la terminología del Derecho el nombre de sujeto. Su causalidad, o lo que es lo mismo, su actuación, será tomada en cuenta en otros aspectos que hacen referencia al valor de sus actos (capacidad, por ejemplo). Pero al hablar con exactitud de causa de los actos jurídicos nos hemos de referir a la causa final. Llamar causa en el Derecho a algo distinto supone efectivamente confusión. Y puede consistir ya en considerar como causa al sujeto, ya en considerar como causa algo que no sea tal, bien que sea un *prius*, por ejemplo: un principio, un antecedente, una *conditio sine qua non* o una mera ocasión; ya, finalmente, en llamar causa eficiente a lo que en rigor es el *finis qui* o *finis cuius gratia agitur*: la causa final.

Puede observarse que en el fondo de todas las expresiones romanas de la causa late más o menos profundamente este sentido, aun cuando aparentemente sea el de antecedente el que priva, nunca el de causa eficiente. El mismo sentido teleológico bajo el cual cobran unidad los aparentemente heterogéneos tipos de causa del artículo 1.274 del Código civil.

Que en la idea de D'Ors no existe este concepto unívoco y teleológico de causa puede verse en la concatenación de causas que dan lugar, en su concepción, a «lo jurídico». «El derecho es causa del pleito, el pleito es la causa de la sentencia y la sentencia es la causa de la ejecución». Lo jurídico queda así encerrado en esta relación de causalidad en tres etapas. Al ser causa del pleito y éste de la sentencia, el derecho subjetivo viene a ser causa de lo jurídico. Llegar a esta conclusión es mucho más fácil y rectilíneo pensando en el derecho como causa final. Evidentemente, lo jurídico, si tiene algún fin, es la salvaguarda de los derechos de cada miembro de la comunidad. Lo jurídico, que

viene a ser un *suum cuique tribuere* objetivado, es ello mismo respeto al derecho subjetivo dentro del orden jurídico.

Pero D'Ors gusta más de esta digresión en armonía con su concepto del Derecho. «Derecho es aquello que los jueces aprueban.» «Todo lo jurídico... es antes que nada una realidad judicial, un aprobar o desaprobar el juez o el que, en general, juzga sobre los comportamientos sociales exigibles.» Se impone examinar la idea de causa en el esquema propio del autor.

Dentro de este esquema, ¿qué quiere decir que el derecho es la causa del pleito? En primer lugar, no puede significar que el derecho subjetivo sea causa eficiente del pleito. El derecho no actúa. El *agere* procesal, desde la demanda, es actividad de las partes y del juez, pero no actividad del derecho.

Ahora bien, tampoco quiere decir que el derecho sea causa final del pleito. Otra cosa implicaría contradicción immanente. Si es derecho lo que el juez aprueba, antes de la demanda el derecho no existe.

En otra línea de conceptos menos original quizá, pero más acorde con la *communis opinio* y con una segunda definición de derecho que se lee en la página siguiente de la relección—«cierta posición de preferencia que el litigante cree tener y sobre la que reclama una declaración judicial ejecutable»—diríamos que el derecho preexiste al pleito. Y esto de dos modos: en la mente del demandante y en un plano objetivo. En la mente del actor, que «reclama una declaración judicial ejecutable», la causa final es la sentencia. El derecho, en cambio, asume en su fuero interno un papel de *causa ejemplar*. La causa ejemplar no es una causa extrínseca, como la final, sino intrínseca. Y viene a ser como el reflejo subjetivo de la causa formal, a partir de la cual se define. Causa ejemplar es la forma o idea del efecto que de antemano existe en el espíritu de la causa eficiente inteligente. El litigante «cree tener» cierto derecho y pide una sentencia con arreglo a él. Prevé la sentencia conforme con su «posición de preferencia», y así la pide.

Pero lo cierto es que no basta que el derecho solicitado esté en la mente del demandante. El derecho, o al menos su apariencia—D'Ors lo ha visto bien al hablar de «cierta posición de preferencia»—, es necesario que exista antes. Es un *príus* evidente. Pero no es causa, sino fundamento o principio del pleito (6). Algo en lo que necesariamente se apoya el proceso, pero que no ejerce ninguna influencia positiva—ni activa, ni determinante—en el *agere* procesal. La *actio* ni está movida, ni determinada por el derecho: está basada en él.

La misma relación de precedencia fundamental, pero no causal, existe entre el pleito y la sentencia, que ha de dictarse *secundum quod allegata et probata*. Y la misma entre la sentencia y la ejecución. La sentencia es el principio de la ejecución: fundamenta la *actio* ejecutiva.

En el orden de ideas que la Filosofía suministra resulta, en cambio, un acierto en la relección la distinción de la justa causa y el justo título. La conclusión que se obtiene es que el *titulus* no es la causa de los derechos subjetivos, sino la base

(6) El Diccionario de la Real Academia de la Lengua da estas tres significaciones de *fundamento*: "principio y cimiento en que estriba y sobre que se funda un edificio u otra cosa"; "raíz principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa"; "raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza una cosa material". La Filosofía escolástica define así el principio: *id a quo aliquid quocumque modo procedit, in ordine sive logico, sive reali*.

normativa de la causa, en lenguaje jurídico, o el fundamento del derecho, como diríamos en términos filosóficos.

Mas si se puede estar de acuerdo con D'Ors en esta brillante caracterización del título, no se puede admitir lo que nuestro insigne romanista enuncia como simple corolario. «Pero el *titulus* no es la *causa* de los derechos que entran en la causa procesal. La causa de los derechos está en determinados hechos a los que el *titulus* que esperamos adopte el juez para dar sentencia concede aquella eficacia de crear una posición jurídica independiente.»

Que la causa de los derechos esté en los hechos es una afirmación que no solamente no resiste la crítica que parta de los conceptos de causa esbozados, sino que, además, resulta incomprensible. Decir que los acontecimientos naturales operan como causas en el mundo jurídico—aunque ellos tengan, a su vez, una causa natural y no jurídica—supone oscurecer lo que significa la esfera de lo natural, la de lo jurídico y la relación entre ambas. Mucho más cuando al buscar una luz en los ejemplos encuentra el lector escrito: «la muerte es *causa* de todo testamento».

Hay que descartar del mundo de los hechos las causas finales. Las causas ciegas, ininteligentes o imperfectas sólo están movidas por fines no comprendidos, ni queridos por ellos, sino impuestos por su propia naturaleza. Y no es propio de ninguna fuerza natural el convertir a sus efectos de naturales en jurídicos.

Entonces ¿que clase de causa son los hechos en relación con los derechos a que dan paso:

Aquí se impone una distinción en cuanto al objeto formal bajo el que se consideran los efectos. En relación con los efectos naturales no cabe duda que los hechos naturales funcionan como antecedentes causales. Más concretamente como causas eficientes no inteligentes, ya sean totales o parciales, principales o instrumentales. En relación con estos efectos, en cuanto jurídicos, es decir, en cuanto tenidos en consideración por el Derecho para otorgarles rango y consecuencias jurídicas—ya pacíficas, ya exigibles en el proceso—no creo que quepa rectamente hablar de antecedente causal alguno.

Observemos cómo la forma barroca que D'Ors da a su frase, para hacerla consecuente con su doctrina del origen del Derecho, podemos resumirla en sentido rectilíneo, afirmando que es el *titulus* o la norma la que concede a los efectos de ciertos hechos la categoría de jurídicos. Ciertamente algunos de estos efectos jurídicos llegan a ser derechos, pero también lo son en virtud del reconocimiento de tales por la norma jurídica. Es decir, lo que les da entrada en el campo del Derecho, lo que les sitúa en condiciones de desarrollar sus posibilidades jurídicas, es la norma.

Hay, por tanto, dos razones coincidentes para concluir, como concluye el Derecho positivo, que las causas de los hechos jurídicos o de los derechos nacidos simplemente por hechos de la naturaleza no tienen causa, jurídicamente hablando: que se deben a fuerzas incapaces de determinar, de perseguir un fin y que afloran al mundo del Derecho por la fuerza jurídica de la norma. A ésta solamente hay que atender para separar lo jurídico de lo extrajurídico, pues tan naturales son los hechos que se dan en una esfera como los que se dan en la otra. Su diferencia es puramente de calificación: unos han recibido la investi-

dura jurídica y otros no. Cosa distinta; que ahora no nos preocupa, es pensar en la finalidad que el creador de la norma jurídica persiguió al hacer entrar unos hechos y no otros en la órbita del Derecho: puede importar para medir el alcance y el valor de la norma misma, puede servir para su interpretación; pero todo ello corresponde a un sector que sistemáticamente queda muy apartado del problema de la causa.

Cuando los acontecimientos naturales estén provocados por actos voluntarios, entonces no importa el acontecimiento, que es causa instrumental de los efectos, sino el acto. Pero entonces entramos ya en otro campo en el que la causa adquiere una formulación importante. Hablar de causa en el terreno de los hechos supone dar de lado el significado de causa. Y no se diga que obramos con conceptos de la Filosofía. La Filosofía no es mera especulación estéril. Elabora unos materiales utilizables por todas las ciencias. Del rigor con que se manejen dependerá la exactitud de las conclusiones.

No hay inconveniente en llamar con D'Ors a los actos lícitos actos jurídicos y a los ilícitos actos antijurídicos. Antes bien es un éxito de precisión. La antijuridicidad no es ajuridicidad o neutralidad frente a lo jurídico. Es lo jurídico en su abscisa negativa. El funcionamiento de la causa—de la causa final—en los actos ilícitos tiene importancia grande en Derecho penal. En cuanto afectan al Derecho civil—por ejemplo a efectos de indemnización—su dimensión causal no es distinta a la de los actos lícitos, es únicamente de sentido opuesto. Si hablamos de causas jurídicas en los actos lícitos, debemos hablar de causas antijurídicas en los ilícitos.

Son actos jurídicos aquellas gestiones o declaraciones que el Derecho toma en cuenta. Como actos humanos que son, tienen siempre causa eficiente y final. Y, desde el momento en que son tomados en cuenta por el Derecho, su causa pasa también a tener consideración jurídica. Precisamente porque el Derecho les concede el rango de actos jurídicos, tienen causa jurídica, bien que esta causa desde una perspectiva natural, no jurídica, sea económica, psicológica, etc. Del mismo modo que los acontecimientos naturales pueden ser o no jurídicos sin que esta calificación varíe su entidad natural, los actos jurídicos, por serlo, no van a dejar de estar movidos por causas que no son jurídicas, aunque el Derecho las tome en cuenta. Querer aislar ontológicamente lo jurídico de lo meta-jurídico tiene un resabio formalista muy keiseniano, pero poco acorde con la realidad de las cosas. Normalmente, ni el hombre de la calle, ni el jurista, al realizar sus actos, tienen presente toda su trascendencia jurídica. Los efectos jurídicos se realizan a pesar de ellos. Y la razón es que los efectos y las causas naturales no difieren ontológicamente de los jurídicos, sino sólo formalmente. Los efectos naturales son los mismos efectos jurídicos en cuanto el Derecho los toma en consideración. Las causas psicológicas, económicas, etc., son las mismas causas jurídicas en cuanto que el Derecho les concede relevancia.

Por tanto, la clasificación—clave en el razonamientos de D'Ors—de los actos jurídicos en primarios y secundarios, según que tengan o no causa jurídica, resulta así ficticia y sin utilidad alguna. «A aquellos actos jurídicos que no aparecen con causa jurídica llamamos actos primarios; a aquellos otros que sí tienen una causa jurídica llamamos actos secundarios». Si todo acto para ser secundario nece-

sita proceder causalmente de otro acto primario, o lo que es lo mismo, si todo acto para ser jurídico necesita una causa jurídica, ¿cuál fué el primer acto que comenzó a ser jurídico? ¿Quién le dió ese carácter de jurídico? ¿Por qué, con qué fin o con qué fundamento le otorgó la veste jurídica?

No bastaría con fiar a la intuición la clasificación de estos actos. Y esto es lo que hace D'Ors. Sería necesario un criterio objetivo.

Y que la noción transcrita de acto primario y secundario carece de objetividad está bien patente en los expresivos ejemplos de la relección. La entrega de una cosa—pone por caso D'Ors—es una gestión secundaria, pues obedece a una causa jurídica determinada (pago, donación, préstamo, etc.). La ocupación, en cambio, es una gestión primaria, pues «lo que nos mueve a ocupar es algo psicológico o económico, pero no una causa jurídica».

Si observamos con atención los dos casos, veremos que en nada difieren. ¿Qué clase de causa es el pago con respecto a la entrega? Evidentemente una causa final. Se entrega *para* pagar. ¿Qué clase de causa es la ocupación con respecto a la aprehensión de la cosa? Se aprehende *para* ocupar. Es también una causa final. Psicológicamente ambos actos tienen su causa final. Jurídicamente también. Porque en ambos casos lo que ha movido a actuar al sujeto que paga y que ocupa es la producción de unos efectos económicos, pero que, dándose o sin darse cuenta la causa eficiente, tienen plena significación jurídica y el Derecho los toma en cuenta.

La diferencia entre uno y otro ejemplo no está, pues, en la causa final tal como la hemos entendido. Y es de advertir que el mismo D'Ors se olvida de que va persiguiendo la causa eficiente y formula los ejemplos en un tono finalista, aunque desacorde con el significado fundamental de la causa jurídica.

En efecto, la diferencia jurídica entre los dos actos en el ejemplo de D'Ors es que, siendo los dos actos jurídicos y, por tanto, con causa jurídica, cada uno de ellos tiene una función distinta, pues mientras que la aprehensión de la cosa es un acto humano único formando la base real de un acto jurídico simple al que perfecciona en su realización misma, la entrega de la cosa es otro acto humano único que forma parte de un acto jurídico complejo a cuya realización contribuye. Pero en uno y otro caso existe una relación jurídica de la que estos actos traídos a ejemplo forman parte. Y al Derecho lo que le interesa no es la causa de estos hechos aislados, sino la de las relaciones jurídicas en que están absorbidos.

En las expresiones romanas *donationis causa*, *venditionis causa*, etc., la palabra *causa* no puede tener el carácter de causa eficiente puesto que la donación, la venta, etc., se agotan con la entrega. Y tampoco de causa final porque no se busca con la entrega la producción total de la donación o de la venta que ya están, en mayor o menor grado, producidos. La relación jurídica no es algo extrínseco al acto. El mismo acto está en su contenido. Por eso es más acorde con el sentido común pensar que aquí la palabra *causa* tiene el sentido—perfectamente latino—de *ocasión*: la entrega de la cosa es parte de la misma donación o de la misma venta. Se hace con ocasión de ellas.

Y aquí llegamos—siguiendo la pauta del texto—al planteamiento central del tema. El problema de la causa se presenta en toda su dimensión en el negocio.

jurídico, «acto declaratorio por el que se pone una nueva norma de discriminación», aparte de la del Derecho objetivo; *lex privata* que, por contener una norma nueva, es también un *titulus*. Nótese bien esta característica fundamental del negocio jurídico que señala el profesor D'Ors. Y no se pierda de vista que el contrato, a cuyo examen en adelante, siguiendo al autor, nos vamos a dedicar, es un negocio jurídico.

Que el contrato sea negocio jurídico, aparte de advertirnos de que el contrato es *lex privata*, nos pone ya en guardia frente a la solución de D'Ors. La causa de los contratos, tal y como en su teoría se ofrece, solamente tiene validez para los negocios contractuales, no para los demás negocios jurídicos. ¿Es que los demás negocios no tienen causa? Parece que la duda es ociosa. Hoy nadie lo niega y en el terreno doctrinal se extienden las normas de la causa, que el Código civil restringe a los contratos, para hacer jugar la causa en la teoría del negocio jurídico. Ya veremos, por otra parte, que es en cuanto negocio jurídico, y no sólo en cuanto contrato, por lo que el contrato requiere su causa.

Entonces ¿es distinto el concepto de causa en el contrato y en los restantes tipos de negocio jurídico? Llevando a sus últimas conclusiones la construcción que examinamos, parece que nos hubiéramos de inclinar por la distinción. Pero mantener esta idea nos llevaría a otra deducción un tanto grosera. En todo contrato habría dos tipos de causa: uno que derivaría de su consideración de negocio jurídico y otro implicado en su naturaleza de contrato. No sé si el profesor D'Ors habrá llegado a plantearse este aspecto ulterior de su solución. En la elección solamente se habla del «especialísimo interés» que para la teoría de la causa tiene un tipo fundamental de negocio que llamamos contrato.

Pero es evidente que, advertido o no, la dualidad representa un retroceso en la elaboración científica a la que tan gran virtualidad concede nuestro romanista. Por otra parte, la tesis se derrumba ante la existencia de un concepto de causa tal que resulta omnicomprendivo con respecto a todos los negocios jurídicos. Mucho más si el concepto obtenido de causa específica del contrato no ofrece horizontes nuevos a la doctrina, ni resulta ser causa de tal contrato.

Así parece, en efecto. La postrer afirmación de D'Ors, en cuanto al tema de la causa civilmente considerado, es que «no es correcto hablar de la *causa del contrato*, sino de la *causa de las promesas contractuales*». ¿Qué fecundas posibilidades se ofrecen desde esta conclusión? Tampoco en la elección aparecen, pues no son aplicables al tema de la guerra y de hecho D'Ors no las aplica. En cuanto al Derecho civil se pueda referir, es lo cierto, que las digresiones que el autor se ve precisado a hacer para estructurar los casos en los que la marcha de sus ideas sufre quiebra son bastante elocuentes. En la pública promesa falta la interdependencia que, según D'Ors, es el núcleo de origen de la causa contractual de las promesas.

Que la donación no sea un contrato es tema discutible y discutido en el que la razón decisiva de la no contractualidad no creo que sea la falta de una promesa. Más bien habría que invertir el orden de las proposiciones y decir que no hay contrapromesa porque no hay contrato. Lo que ya no se puede admitir—quiebra de la tesis de D'Ors—es que la donación carezca de causa jurídica, ni porque no sea contrato, ni porque la causa—una vez descartados los motivos, como móviles subjetivos irrelevantes—sea económica o psicológica, además de jurídica.

No es más feliz la formulación de lo que sea contrato abstracto. Puede un contrato abstracto constar de las dos promesas. Su abstracción—su aparente abstracción—procederá de la situación latente de su causa. Los contratos abstractos tienen elidida su causa, pero el contrato puede estar patente y claro, conservar su apariencia bilateral. También aquí habría que decir que el contrato es abstracto porque carece de causa, pero no carece de causa porque es abstracto.

No está exenta de razón, en cambio, la desviación hacia el tema de los contratos reales. Pero aquí ocurre así no por la teoría de la causa, sino por el enfoque del tema del contrato real en el que D'Ors ha hecho una verdadera aportación valiosa para el esclarecimiento histórico y actual de su naturaleza jurídica (7).

Algo advierte, por tanto, que es la tesis misma de la causa según D'Ors la que no sirve.

El contrato tiene como clave—en la idea de D'Ors—la interdependencia de dos promesas. «Un análisis ajustado del contrato debe partir de este elemento constitutivo del mismo que es la promesa.» Las promesas han de ser interdependientes, de otro modo no tenemos más que varias promesas independientes. Considerando una promesa aisladamente tendrá una causa, pero no funciona como jurídica, a no ser cumplimiento de otra promesa anterior: cada promesa es un acto primario. Lo que convierte a la promesa, a cada una de las promesas, en actos secundarios es la interdependencia. Ante esta idea de D'Ors habría que pensar, por tanto, en que la causa de las promesas es la interdependencia. Ahora bien, esta interdependencia es lo que corrientemente llamamos vínculo contractual. Por tanto, no se trataría de la causa del contrato, sino de la esencia misma del contrato. En realidad las cosas suceden al revés: las promesas son los vehículos por los que ambos sujetos—causas eficientes—llegan a fraguar el contrato.

Ahora bien, es lo cierto que D'Ors no llega a pensar en esta idea que parece desprenderse de su texto. Por el contrario, afirma que «cada promesa contractual es causa de la otra con la que se halla conectada». Pero el hecho de que cada promesa sea a la vez el fin perseguido por la otra—«causa y fin se identifican»—es lo que ha motivado «el abusivo empleo de la palabra causa con el sentido de causa final».

Fatalmente vuelve a aparecer aquí la causa final. Y hay una cierta reserva por parte del autor en emplear el adjetivo eficiente junto a la «palabra causá». En efecto, por muy poco que se tenga en cuenta la noción de causa eficiente, su sólo apelativo pone demasiado en evidencia que no conviene a las promesas contractuales. Y está claro que, dado el concepto de causa eficiente que venimos utilizando, no conviene.

Pero hay aquí otra cosa a observar. Si el error fundamental perseguido desde el principio de la elección es la confusión entre causa eficiente y causa final, si la doctrina civilista ha incurrido en él por no discriminar las promesas de cada contrato y si se llega a la conclusión de que causa y fin es la misma cosa cuando—al fin—se descubre el modo de encontrar lo que sea la causa, se advierte fá-

(7) Vid. *La formación histórica de los tipos contractuales romanos*. Madrid, 1952, y la obra que cita el autor en la nota de la página 172 de la elección.

ciñente que ni el error de la doctrina civil es imperdonable, ni vale la pena intentar un nuevo modo de llegar a la misma conclusión teleológica de la causa. Porque hay una cosa por demás evidente: causa eficiente y causa final se excluyen.

La solución parciaria obtenida es resultado lógico del desenfoque del problema. Si buscamos la causa del contrato como institución, no es el mejor método proceder a su disección en partes. Por eso no es raro que en la trama del razonamiento nos hayamos llegado a olvidar de la causa del contrato para fijarnos tan sólo en la causa de las promesas contractuales.

El análisis concreto de la tesis de D'Ors y su parangón con la significación de la causa del contrato, como de todo negocio jurídico, puede completar la global visión crítica de la teoría del catedrático compostelano.

El examen de la causa de las promesas del contrato exige antes separar dos cuestiones en las que tal vez D'Ors no reparó y que no ha olvidado la doctrina de los civilistas. Veamos qué sean los motivos y su relevancia en el Derecho. Y a continuación qué función cumple la causa de las obligaciones y su distinción de la del contrato en que se integran y de las que es fuente.

El motivo es un elemento subjetivo personal e independiente que opera en el ánimo del contratante y que lo impulsa a concluir un contrato, pero que no trasciende a ese contrato. El motivo pertenece a la intimidad del contratante y sólo adquiere relevancia jurídica cuando el sujeto así lo quiere y lo eleva a elemento accidental del contrato o negocio jurídico, por ejemplo bajo forma modal, o cuando se exterioriza en el comportamiento del contratante de tal modo que se advierte su relevancia, no ya en el contrato, sino en la actuación del contratante, como en el caso del estado de peligro o de necesidad.

En términos rigurosos no puede hablarse, por tanto, de motivos del contrato, sino de motivos de los singulares contratantes que, a diferencia de lo que ocurre con la causa, no tienen por qué coincidir, aunque ocasionalmente coincidan.

Otras dos diferencias separan las ideas de motivo y causa. La causa es una. Los motivos pueden ser varios (adquirir a más bajo precio y para regalar a un amigo). La causa tiene una función positiva y efectiva. Los motivos pueden impulsar en varios sentidos contrarios que pueden neutralizarse, depurarse y prevalecer en una determinada dirección, ya sea positiva, ya negativa. El motivo ejerce un influjo en un momento y en un ámbito distinto al de la causa. No es el motivo el punto en que puede apoyarse su teoría. Y no se pueden confundir motivo y causa. El motivo no interesa más que de modo accidental y toda teoría que tomase como causa el motivo, además de que sería unilateral, porque consideraría tan sólo el aspecto subjetivo del problema, sería falsa al dar relevancia a algo que no la tiene. En otro aspecto, no es oportuno partir de la hipótesis de la confusión de causa y de motivo para rechazar fácilmente su concepto.

Más importancia presenta en Derecho la causa de la obligación. Pero su órbita, aunque conexas con el contrato, es distinta de la de la causa contractual. La causa de la obligación (*causa debendi*) dice relación con la obligación; no con el contrato. No puede decirse, sin embargo, que el contrato sea la causa de las obligaciones que forman su contenido: es la relación jurídica en la que las obligaciones conviven. Están integradas en el mismo contrato. Los momen-

tos de actuación de la causa de la obligación y de la causa del contrato son lógica y jurídicamente distintos. La causa de la obligación hace referencia al fin por el que se debe cumplir. La causa del contrato al fin por el que se ha asumido la obligación de cumplir. La causa del contrato actúa antes o mientras el contrato se forma. Su importancia posterior está en función de ese momento. La causa de la obligación actúa después: cuando el contrato ha de cumplirse.

La causa de la obligación tiene su momento entre la perfección y la consumación del contrato. La obligación entonces se debe cumplir porque ha nacido del contrato, pero no siempre se cumple. Su cumplimiento o incumplimiento obedece a una causa final que actúa aquí como en el caso de los actos jurídicos y que a veces tiene relevancia, por ejemplo, en el caso de la acción resolutoria, tratándose de obligaciones contractuales, o el requerimiento al interesado para continuar la gestión comenzada sin convenio.

Que la causa de la obligación contractual esté en la otra obligación no contradice esta idea. Pero es muy distinto hablar de obligación y hablar de promesa. En otras palabras: no es reductible la causa de la obligación tal como la hemos visto a la causa de las promesas tal como las ve D'Ors.

¿Qué quiere decir que cada promesa contractual es causa de la otra? Por definición no es una causa eficiente, que es el tipo de causa que D'Ors persigue. ¿Causa final, entonces? Si hablamos desde el punto de vista psicológico tal vez al prometer cada parte quiera conseguir la promesa de la otra. Pero ¿tiene este relevancia en el Derecho?

Parece que no la tiene específicamente referida al contrato. Tiene la importancia de todo acto jurídico y puede quedar revelado en el caso de las declaraciones *socandi gratia*, por ejemplo, o en las que se producen por error provocado dolosamente. En estos casos afectan a las declaraciones, pero no al contrato como tal. Al hacer viciosa alguna de sus partes hacen vicioso el todo.

Queda todavía intacta la causa del contrato o causa del negocio jurídico contractual. Causa que existe y cuya función no roza con ningún otro tipo de los examinados.

Institución compleja efectivamente, la del contrato, pero cuya complejidad estructural, mayor o menor en cada caso, no puede hacer olvidar su unidad conceptual, su significación jurídica, su papel en el campo del Derecho que viene dado por su característica más acusada, que ni ha escapado a D'Ors en la selección ni en su copiosa producción científica: el contrato es, ante todo, una *lex privata*.

Las partes son causa eficiente de una norma, con fuerza de ley entre ellas, que viene a regular la relación de un modo más inmediato que la misma ley. Este sentido normativo del contrato exige una causa reclamada desde su género y desde su diferencia específica: como *ley* y como *voluntaria*.

Abstractamente, cada parte busca y obtiene la obligación de la otra. Pero eso es en abstracto. A la hora de lo concreto es distinto el modo de obtenerlo y por ello las partes no solamente quieren y dan, sino que coinciden en dar y en querer conforme a un contrato y no a otro. Encuentran la satisfacción de su fin no solamente en obtener cada uno de la otra parte, sino en obtener ambos de un modo determinado, típico o atípico, que satisface su aspiración. Generalmente típico, porque ha sido la repetición frecuente y a veces intensa de un mismo modo lo que ha acuñado la tipicidad en aquellos contratos que cum-

plan una función económico-social más viva y sentida. Las partes no solamente han querido, sino que han querido así. Su intención de conseguir (*finis operantis*) ha encajado perfectamente en el fin que por naturaleza jurídica tiene el esquema contractual formado por arrastre o que forman las partes mismas (*finis operis*).

Esto es así, pero además así es querido por la norma superior—*titulus*— que equipara a su vigencia la existencia de la *lex privata*. Para que ésta tenga la radical virtualidad de sobreponerse a aquélla es necesario que la voluntad que la dicta no salga fuera de lo que la norma superior establece. De otro modo no se limitaría a añadir una nueva norma de discriminación, sino que suplantaría la norma superior por otra, negando su misma esencia de norma. Por eso la ley, que exige la depuración del consentimiento y la determinación del objeto, exige también la determinación del contrato, el fin contractual. Se garantiza de que la voluntad se subordina a la justicia en la fijación del objeto. Por eso la causa, la causa del contrato, es única como causa final que es. Y por eso abarca ambas promesas en la totalidad contractual en que se hacen efectivas.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE M.^a AMUSATEGUI, RAFAEL IZQUIERDO, JOSE LUIS LLORENTE, ROGELIO PÉREZ MARTÍNEZ y ANTONIO PÉREZ VEGA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. LA IGLESIA CATÓLICA Y LOS ENTES ECLESIASTICOS: *Se prorroga el plazo para la interposición de las demandas que se mencionan en las Leyes de 11 julio (1) de 1941 y 1 de enero de 1942 hasta el 31 de diciembre del corriente año (2) (Orden de Justicia 3 enero 1955; B. O. 12 febrero).*

El profesor Garrigues, en su monografía «Negocios fiduciarios en Derecho mercantil» (3), estima que en las leyes citadas de 1941 y 1942 describe el legislador el mecanismo propio de un negocio fiduciario utilizado por la Iglesia para defender sus bienes con apariencias de legalidad que los pusiera al abrigo de las persecuciones y confiscaciones del Gobierno republicano, pero discrepa del legislador cuando éste afirma la inexistencia real de la supuesta enajenación, considerando esa declaración judicial de inexistencia como el objetivo propio de la demanda.

Sin embargo, parece más seguro afirmar que las leyes de 1941 y 1942 concibieron estas enajenaciones como auténticas simulaciones y no como negocios fiduciarios. Distintas consideraciones inclinan a este criterio: en el negocio fiduciario el tercero es protegido siempre, y en el simulado, nunca, salvo lo establecido en los artículos 34 L. H. y 464 C. c., en el artículo 3.º, párrafo segundo de la Ley de 1 de enero de 1942, es este precisamente el principio que se establece, pues sólo se protege al tercero «cuando hubiese adquirido los bienes o valores por un título al que las leyes otorguen carácter de irreivindicabilidad. Asimismo el artículo 1.º a. f. habla de la «inexistencia real de la supuesta enajenación», siendo este carácter ficticio una de las notas que definen el negocio simulado frente al fiduciario, que es serio y existente, y lo mismo el artículo 3.º a. f. de la Ley de 11 de julio de 1941, que parte del supuesto de que los bienes a que se refiere (inmuebles y derechos reales) «no salieron nunca de su ver-

(1) La Orden insiste en la errata, anotada en reseñas anteriores, de de cir junio.

(2) El plazo anterior fué prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1954 por Orden de 20 de enero de ese año. (Véase ADC, t. VII, fasc. 2.º, pág. 492.)

(3) Discurso de ingreso en la R. A. de Jurisprudencia. Madrid, 1955, páginas 18 y ss.

dadero patrimonio» (aplicable en los bienes a que refiere la Ley de 1942, por su artículo 10). En suma, aquí se creó la apariencia de un negocio que auténticamente no existía, y por ello, aunque ciertamente hubiera un elemento de fiducia, ello no es suficiente para calificar el negocio de fiduciario. (R. I.)

2. REGISTRO CIVIL: REGISTRO COMPLEMENTARIO: *Se reorganiza el Registro de matrícula de españoles en el extranjero (Decreto de 14 enero 1955; B. O. 11 febrero).*

A. EXPOSICIÓN.—El presente Decreto reorganiza el Registro que se lleva en los consulados para la inscripción de los españoles que se hallen en el extranjero.

Para obtener la inscripción se requiere la presentación del pasaporte. Los españoles que estuvieren residiendo en el extranjero deberán presentar, además, el certificado (?) de residencia local para probar su identidad, nacionalidad y demás circunstancias personales (art. 2.º).

Si carecieren de pasaporte podrán presentar la ficha de emigrante.

En su defecto podrán presentar otro documento oficial español, como la cartilla militar o acta de nacimiento, siempre que vaya acompañado de una información testifical de dos personas de garantía, a juicio del Cónsul, que posean certificado de nacionalidad corriente; si carecieren en absoluto de toda documentación podrán solicitar la inscripción provisional con la información indicada, hasta que presente el acta de nacimiento.

Los varones casados deberán presentar también certificado de su matrimonio y del nacimiento de sus hijos (art. 6.º).

Por lo que se refiere a los efectos el Decreto dice que la inscripción será necesaria para que los españoles que se hallen en países extranjeros puedan disfrutar de la protección de los representantes diplomáticos de España y de los cónsules de la Nación y gozar de los derechos y privilegios que concedan los tratados internacionales y las leyes internas (art. 1.º).

B. OBSERVACIONES.—La declaración que hace en cuanto a sus efectos es evidentemente desorbitada, porque, indudablemente, hay derechos para cuyo ejercicio no se requiere esa inscripción.

Parece que la finalidad de este Registro es la de establecer una prueba de la nacionalidad española. A este respecto conviene notar que sus efectos serán necesariamente limitados, ya que no llega a la inscripción de españoles tras un procedimiento comprobatorio *suficiente* de la nacionalidad. De otro lado tampoco resulta claro que haya querido preconstituir una prueba de nacionalidad al modo como lo hace el Registro civil ordinario; respecto de la prueba de estado conviene recordar aquí la dificultad de la prueba de la nacionalidad en el Derecho español, en el que no había prueba preconstituida, inscripción ni siquiera presunciones en que basarse cuando se trata de las bases de la nacionalidad misma, es decir, de la del padre o madre. (A. P.)

3. COSAS INDIVISIBLES: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: *El desarrollo del artículo 1.º de la Ley de 15 de julio de 1954 se señalan los límites entre los cuales se ha de fijar la extensión de las unidades mínimas de cultivo en las diversas provincias (Decreto 25 marzo 1955; B. O. del 15 de abril) (1).*

En cada provincia se constituirá una Comisión para estudiar la división del territorio de aquélla en comarcas agrícolas homogéneas y el señalamiento de la unidad mínima de cultivo, tanto en secano como en regadío. Cada una de estas Comisiones redactará, en el plazo de seis meses, un informe-propuesta, al efecto, que trasladará al Servicio de Concentración Parcelaria (art. 2.º).

En tanto no sea fijada por el Ministerio de Agricultura la extensión de la unidad mínima de cultivo en cada comarca, se considerarán indivisibles las parcelas cuya cabida sea igual o inferior al límite mínimo que establece el artículo 1.º del presente Decreto, para caso de que se trate (artículo 4.º). (J. LL.)

4. DERECHOS SOBRE LA ESFERA CORPORAL DE LA PERSONA: EL CADÁVER: *Se regula la obtención para injertos de piezas anatómicas procedentes de cadáveres en los casos de muerte violenta (Orden de Justicia de 17 febrero 1955; B. O. del 21).*

A. EXPOSICIÓN: Por Ley de 18 de diciembre de 1950 se reguló la obtención de piezas anatómicas procedentes de cadáveres con destino a injertos y transplantes. Distingue dicha Ley dos supuestos: muerte natural y muerte violenta. El régimen del primero se determina en los artículos 2.º a 5.º (la autorización se da por los médicos directores de los establecimientos, «siempre que el finado hubiere manifestado en vida, por acto o documento auténtico, su conformidad, o no haya oposición de los familiares con quienes conviviere»), y en cuanto al segundo, en el artículo 6.º (los permisos habrán de ser expedidos «en armonía con las circunstancias del hecho por la autoridad judicial correspondiente»).

Ahora esta Orden desarrolla el artículo 6.º, determinando en su artículo 1.º que los jueces de instrucción podrán autorizar la obtención de las piezas anatómicas cuando las necesidades clínicas lo exijan y concurran alguno de los requisitos siguientes:

1.º Que el finado hubiere manifestado en vida, por acto o documento auténtico, su conformidad.

2.º Cuando, requeridos los familiares con quienes conviviere, concedan la oportuna autorización.

3.º Cuando, no siendo posible la práctica del requerimiento de los familiares a que se refiere el número anterior, no conste su oposición.

En el artículo 3.º se establece que la obtención de estas piezas se sujete a lo establecido en la Orden de 30 de abril de 1951, «observando en la práctica de las mismas la máxima consideración y respeto que es debido a los restos humanos».

(1) Véase exposición y observaciones de la Ley de 15 de julio 1954, en ADC, VIII, 1, págs. 186 y ss.

B. OBSERVACIONES: Aparte de una admisión amplia del derecho de disposición sobre el propio cadáver que ya estableció la Ley de 1950, derecho que se extiende a los familiares con quienes conviviere el finado (obsérvese que sin limitación en cuanto al grado de parentesco), se reconoce en la orden de Justicia anotada un tercer supuesto, que pone ya de una manera casi absoluta el cadáver, en los casos de muerte violenta, al servicio de las finalidades perseguidas en la Ley: cuando no siendo posible la práctica de requerimientos a los familiares, no conste su oposición. Desde luego, y aunque sea altamente encomiable la finalidad de la Ley de 1950 y Orden de 1955, es de desear que, siempre que sea posible, aun con dificultades, se trate de lograr los consentimientos aludidos, y no se caiga en un peligroso y cómodo rutinarismo.

Es extraño que, junto a los familiares con quienes conviviere el difunto, no se hayan incluido los herederos, máxime teniendo en cuenta que esta última cualidad no es, según la opinión más razonable, meramente patrimonial, sino también personal. (R. I.)

II. Derechos reales.

1. PROPIEDAD ESPECIAL DE AGUAS: LIMITACIONES: *Se dictan normas sobre utilización de las aguas artesianas destinadas a riego (Decreto de Agricultura de 12 noviembre 1954; B. O. del 6 diciembre).*

A. EXPOSICIÓN: En el artículo 1.º se impone a todo propietario de aguas artesianas alumbradas en terrenos de propiedad privada, destinadas al riego, la obligación de instalar, dentro de los seis meses siguientes al de la publicación del presente Decreto, el adecuado mecanismo para interrumpir la salida de aquéllas durante el tiempo en que no se utilicen para el indicado fin, y el artículo 3.º establece las multas por su no instalación y por su no uso.

B. OBSERVACIONES.—Según el Decreto anotado el camino que inició el artículo 30 del Fuero de los Españoles al decir en su párrafo 3.º: «La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos.» (R. I.)

2. PROPIEDAD INDUSTRIAL: REGISTRO: *Se modifica el artículo 337 del Estatuto de la Propiedad Industrial, referente a la expedición de copias (Decreto 4 marzo 1955; B. O. del 24).*

3. LIMITACIONES DEL DOMINIO POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL: EXPROPIACIÓN FORZOSA: Régimen jurídico; expropiación por causa de interés social; expropiaciones especiales; responsabilidad de la Administración (Ley 16 diciembre 1954; B. O. 17).

A. EXPOSICIÓN:

I. Ambito de la Ley y régimen jurídico de la expropiación forzosa.

a) Concepto legal.

1) Extensión: cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que

fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente por causa de utilidad pública o interés social, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación en su ejercicio» (art. 1.º, 1).

2) Delimitación negativa.—«Quedan fuera del ámbito de esta ley las ventas forzosas reguladas por la legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior y divisas» (art. 1.º, 2).

b) Régimen jurídico.

1) Entrada en vigor de la Ley.—A los cuatro meses de su promulgación (disposición final 1.ª).

2) Reglamento.—Se dictará dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley (disp. final 2.ª).

3) Eficacia derogatoria.—El Gobierno, a propuesta de una Comisión designada por el Ministro de Justicia, promulgará un Decreto de vigencias que recogerá las disposiciones que se mantengan en vigor (disp. final 3.ª).

Por remisión expresa de la propia Ley, seguirán aplicándose:

1.º Capítulo 3.º, título II de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 (art. 85).

2.º Legislación especial sobre colonización y fincas mejorables (1) (artículo 97).

3.º Legislación vigente sobre intervención de empresas mercantiles (artículo 119, 1).

II. Disposiciones generales.

a) Elementos subjetivos.

a') Sujeto activo o expropiante.—Sólo podrá acordar la expropiación el Estado, la provincia o el municipio (art. 2.º, 1).

b') Beneficiario.—Además de éstos, las entidades y concesionarios a quienes se reconozca, así como las personas que reúnan las condiciones exigidas legalmente en casos de interés social (art. 2.º, 2 y 3).

c') Sujeto pasivo o expropiado.—El propietario de la cosa o titular del derecho que se expropie, así como los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa y los arrendatarios, en caso de expropiación de inmuebles rústicos o urbanos (2) (arts. 3.º, 1 y 4.º 1).

1) Presunciones de titularidad.—Quienes consten en Registros públicos que produzcan tal presunción, que sólo puede ser destruida judicialmente. En su defecto, quien aparezca como titular en los Registros fiscales. Por último, el que lo sea pública y notoriamente (3) (art. 3.º, 2).

(1) Ley 21 abril 1949 (cap. III) sobre Colonización de Zonas regables; Decreto-Ley 20 mayo 1949 sobre facultades del Director general de Colonización; Decreto 20 mayo 1949 sobre tramitación de expedientes por el INC; Ley 3 de diciembre 1953 (art. 9.º) sobre Régimen de fincas mejorables. (V. esta última en ADC, t. VII, fasc. II, págs. 493 y ss.)

(2) El artículo 4.º, 1, sólo destaca a estos arrendatarios, olvidando los que lo sean de bienes muebles o de industrias. Sin embargo, el espíritu de la Ley y la amplia fórmula de los intereses económicos directos permiten que se incluya, entre los posibles sujetos pasivos.

(3) Parece exorbitante la eficacia que se da a los Registros fiscales. El

2) Vicisitudes del sujeto pasivo.

1.º Transmisiones.—Se subrogará el nuevo titular en los derechos y obligaciones del anterior (art. 7.º).

2.º Titulaciones contradictorias.—Intervendrán como partes los contradictores (art. 5.º, 2).

d') Capacidad.—La única especialidad consiste en que los que no pueden enajenar sin permiso judicial los bienes que administran o disfrutan se considerarán autorizados para la enajenación forzosa de la presente Ley. El justiprecio se depositará a disposición de la autoridad judicial (art. 6.º).

El Ministerio Fiscal actuará en casos de incomparecencia, incapacidad o propiedades litigiosas (art. 5.º, 1).

b) Elementos objetivos.—Para proceder a la expropiación será necesario que exista causa de utilidad pública o interés social y que previamente se pague el justiprecio.

c) Elementos formales o procedimentales.

a') Procedimiento general. Sus fases.

a") Requisito previo a la expropiación forzosa.—Declaración de utilidad pública o interés social (art. 9.º).

1) Norma general.—Se declarará por Ley aprobada en Cortes (4) (artículo 11). Cuando ésta lo declare genéricamente, corresponde al Consejo de Ministros la determinación para cada caso (art. 10, segundo inciso) (5).

2) Supuestos que llevan implícita la declaración: .

1.º Los planes de obras y servicios del Estado, provincia o municipio respecto a los inmuebles (art. 10, primer inciso).

2.º Las obras y servicios que precisen los fines de empresas declaradas de interés nacional, respecto a muebles e inmuebles (art. 14).

b") Fases del expediente expropiatorio.

1) Necesidad de ocupación del objeto que se expropia.

1') Competencia.—La Administración, y por el Consejo de Ministros podrán incluirse bienes para ampliaciones (art. 15).

2') Tramitación (6).—El Gobernador civil resolverá, después de dar oportunidades para alegar y probar lo que convenga a los interesados. Este acuerdo inicia el expediente expropiatorio (arts. 17 al 21).

3') Recursos.—Cabe el de alzada ante el Ministro correspondiente, pero no se da el contencioso-administrativo (art. 22).

2) Determinación del justo precio (arts. 24 y sigs.).

1') Competencia.—Se determinará por acuerdo de las partes interesadas que podrá recaer en cualquier momento, aunque, por falta oportuna del mismo, se hayan iniciado los trámites para la determinación legal del justo precio, que se efectuará por los Jurados provinciales de expropiación (7).

artículo 448 del C. c. debe prevalecer y los Registros fiscales indican, lo más, signos de posesión, sin que alcance más allá la presunción.

(4) Parece que no bastaría ninguna otra disposición, aunque tuviese rango de Ley.

(5) Sustancialmente igual para inmuebles (art. 12).

(6) Cuando se trate de bienes de la Iglesia se tendrá en cuenta el régimen establecido en el Concordato vigente (art. 16).

(7) Composición: Magistrado de la Audiencia Provincial (Presidente); Vocales: Abogado del Estado, funcionario técnico, representante de la Cámara

2) Tramitación.—Se abrirá expediente individual para cada propietario y en los casos de cotitularidad o si los bienes forman unidad económica (8). Después de conceder oportunidades a los particularidades para que formulen hojas de aprecio resolverá ejecutoriamente el Jurado por mayoría, mediante resolución motivada.

Todas las tasaciones que se hagan se ajustarán a los criterios legales de valoración; pero podrán utilizarse otros criterios si los resultados de aquéllos no se confirman a valor real, y el Jurado motivará los cambios que haga en las valoraciones iniciales cuando éstas fueran notoriamente disconformes con el valor real (arts. 37 y 43, 1 y 3).

La especialidad más relevante consiste en la abundante utilización de criterios fiscales. Así, para el caso de solares, edificios, fincas rústicas, derechos reales sobre inmuebles y concesiones administrativas.

Para las acciones, obligaciones, cuotas y otras formas de participaciones en el capital se utilizan criterios reales, como son: Cotizaciones, capitalizaciones de beneficios y valor teórico según balances (art. 40).

Sobre la cantidad que resulte de estas valoraciones, se girará un 5 por 100 como premio de afección (art. 47).

3) Recursos.—La resolución del Jurado pone fin a la vía administrativa. Sólo cabe contra ella el recurso contencioso-administrativo que deberá fundarse en lesión siempre que la cantidad fijada difiera en un sexto de lo que se haya alegado por el recurrente o en trámite oportuno (arts. 35, 2 y 126, 2).

3) Pago y toma de posesión (arts. 48 y sigs.).

1') Condiciones del pago.—Se efectuará en el plazo máximo de seis meses y, si las partes no convinieren otra cosa, en dinero y en el lugar en que radiquen los bienes o derechos expropiados. Estará exento de todo impuesto (arts. 48 al 50).

2') Toma de posesión.—Se efectuará una vez efectuado el pago, salvo cuando se use el procedimiento de urgencia. Los derechos expropiados podrán ejercitarse desde luego del pago (art. 51).

3') Se extenderá acta de pago y de ocupación (art. 53).

b') Procedimiento excepcional de urgencia (art. 52).

La base y justificación de este procedimiento radica en la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes de que se trate, acordada por el Consejo de Ministros, excepcionalmente y en cualquier momento. Implica la necesidad de ocupación y de derecho a la ocupación inmediata.

Notificados los interesados, se constituirán el día indicado en la finca las partes a fin de levantar acta en que consten todas las circunstancias del objeto expropiado. En vista del acta y documentos que se aporten, la Administración efectuará depósito previo a la ocupación por la cantidad que ella misma fije y pagará, sin posibilidad de recurso, la cantidad que señale como indemnización por rápida ocupación. Esta se llevará a cabo en el plazo

Oficial Sindical Agraria (inmuebles rústicos) o de la C. N. S. (otros casos) y Notario (art. 32).

(8) Hay unidad económica en el supuesto de cosas muebles, cuando exista una *univrsidad de hecho o de derecho* (art. 27, 2). Es quizá la primera vez que se utilizan estas expresiones en nuestros textos legales.

máximo de quince días y no se permitirán interdictos que la detengan. El justo precio y pago, conforme a las normas generales.

d) Efectos.

a') Normales u ordinarios.

1) La casa expropiada se adquirirá libre de cargas; pero podrán conservarse los derechos reales compatibles con el nuevo destino, previo acuerdo de las partes (art. 8.º).

2) El acta de pago y ocupación, así como la de ocupación acompañada del justificante de la consignación o del resguardo de depósito, constituirán titulación adecuada para producir toda clase de asientos, incluso el de inmatriculación, en el Registro de la Propiedad y demás Registros públicos (artículo 53).

b') Anormales o extraordinarios.

1) Derecho de reversión.—El titular o sus causahabientes podrán ejercer en el plazo de un mes a partir de que se les notifique la inaplicación del bien objeto del expediente al fin para que fué expropiado; y sólo habrá que abonar el justo precio del todo o la parte que no se aplique a dicho fin, salvo que hayan transcurrido dos años o existan mejoras o daños, en cuyo caso se aplicarán las normas generales para el justo precio (art. 55).

2) Efectos de la demora.

1') En la determinación del justo precio.—A partir de los seis meses desde la iniciación del expediente o la ocupación en caso de urgencia y hasta la fijación del mismo, devengará interés legal (arts. 52, r. 8.ª y 56).

2') En el pago del justiprecio.—Interés legal desde los seis meses de su determinación (arts. 48 y 57).

3') Caducidad de la valoración.—Por el transcurso de dos años desde la fijación del justiprecio, habiéndose de proceder luego a nueva determinación (arts. 35, 3 y 58).

e) Garantías jurisdiccionales.

a') Principio general.—Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad a lo dispuesto en las leyes (art. 124) (9).

b') Garantías provisionales.—Cabén los interdictos de retener y recobrar si la Administración trata de ocupar si los requisitos sustanciales previos que señale esta ley (art. 125).

c') Garantías ordinarias.

1) En favor de los particulares.—Recurso contencioso-administrativo por vicios de forma o de fondo contra las resoluciones que pongan fin al expediente o a cada pieza separada (art. 126).

2) En favor de la Administración.—Para la ejecución de sentencias se aplicarán las normas vigentes pasándose copias a la Presidencia, Ministerio de Hacienda y Ministerio correspondiente (art. 127).

(9) Artículo 32 del Fuero de los Españoles.

III. Expropiación por causa de interés social. Incumplimiento de la función social de la propiedad.

a) El interés social como causa general de expropiación.—Será declarado por ley (singularmente o para una categoría de bienes para cuya concreción en cada caso basta acuerdo del Consejo de Ministros) cuando lo requieran los fines específicos de los artículos 30 y 31 del Fuero de los españoles (artículo 13 en relación al art. 12).

b) Incumplimiento de la función social de la propiedad.

a') Requisitos: 1.º Declaración previa en Ley o Decreto del Consejo de Ministros de que un bien o categoría de bienes deben ser transformados o utilizados de manera específica; 2.º Intimación inequívoca de expropiar; 3.º Incumplimiento del titular al cabo del plazo que se le hubiera dado (artículos 71 y 72).

b') Especialidades de la tramitación.—Se empleará discrecionalmente por la Administración el sistema de subastas para la adjudicación de bienes a terceros beneficiarios (art. 75).

c') Efectos en cuanto al beneficiario.—Asume la carga de atender la función incumplida en plazo no mayor del que se dió al expropiado. Si incumple a su vez podrá ser multado hasta 500.000 pesetas (10) o expropiado al tipo de la segunda subasta (arts. 73 y 74).

IV. Expropiaciones especiales.

a) Expropiación por zonas o grupos de bienes (arts. 59 al 70).

1) Será preciso Decreto del Consejo de Ministros que autorice este procedimiento especial y que implicará la declaración de necesidad de ocupación de los bienes que contenga el proyecto aprobado (arts. 59 y 60).

2) Especialidades relevantes del procedimiento.—Los bienes se clasificarán por grupos o polígonos determinados, asignando a cada uno precios máximos y mínimos, con sus módulos de aplicación. Se abre información pública, admitiéndose reclamaciones tanto contra la distribución en polígonos o grupos como contra los precios máximos y mínimos, con intervención definitiva de los Jurados provinciales. Los precios conservarán su vigencia por cinco años, salvo grandes alteraciones de moneda, en que acuerde lo contrario el Consejo de Ministros.

b) Expropiación de bienes de valor artístico, histórico o arqueológico (artículos 76 al 84).

1) Especialidad relevante.—El justo precio se fijará ejecutoriamente por una comisión especial integrada por tres académicos. El precio no será inferior al que resulte de aplicar los criterios legales (arts. 78 y 79).

2) Derechos de preferencia del Estado.

1.º) Tanteo.—En los casos de expropiación, venta pública, subasta o liquidación de bienes de esta clase, el Estado podrá ejercerlo para sí o para otra persona pública, y se obliga a pagar el justiprecio en dos ejercicios económicos, salvo que el particular acepte otras formas de pago.

(10) El artículo 32. 1.º del Fuero de los Españoles proscribía la pena de confiscación y una multa tan crecida puede equivaler a ella. Mas justo parece el criterio de atemperar la multa al valor de la finca, fijándola en función de ésta.

2.º) **Retracto.**—En el plazo de seis meses desde que el Estado tuviere conocimiento fehaciente de la transmisión y con las condiciones del número anterior (art. 81).

c) **Expropiación por Entidades locales o por razón de urbanismo** (artículo 85).—Remisión a la Ley de Régimen local de 16 de diciembre de 1950, introduciendo modificaciones de detalle.

d) **Expropiación que dé lugar a traslado de poblaciones** (86-96) (11).

1) Se procederá al traslado de la población por acuerdo del Consejo de Ministros, cuando todas o la mayor parte de las familias de un Municipio, Entidad local menor o de una instalación industrial pierdan los bienes que son su base principal de sustento (art. 86).

2) **Especialidades del justo precio.**

1º) **Perjuicios indemnizables:** 1.º Por cambio forzoso de residencia: gasto de viaje de personas y transporte de cosas y jornales o pérdidas durante el traslado; 2.º Reducción del patrimonio familiar; 3.º Interrupción de las actividades profesionales (art. 89).

Se fijarán los tipos de indemnización para cada concepto por el Consejo de Ministros (art. 90).

2º) **Derecho de traslado.**—Lo tendrán los vecinos de la Entidad local afectada y se hará por el Consejo de Ministros a través del Instituto Nacional de Colonización (arts. 94 al 96).

e) **Expropiación para colonización** (art. 97).—Remisión a la legislación especial (12).

f) **Expropiación por obras públicas** (art. 98).—La especialidad consiste en sustituir al Gobernador civil por el Ingeniero Jefe de los servicios respectivos.

g) **Expropiación en materia de propiedad industrial** (art. 99).—Sólo hay especialidad cuando el interés público aconseje la difusión de un invento o su uso exclusivo por el Estado. En este caso, podrá expropiarse la patente o modelo de utilidad mediante Ley.

h) **Expropiación por razones de defensa nacional y seguridad del Estado** (arts. 100 al 107) (13).

1) **Por necesidades militares.**—Se caracteriza por el empleo del procedimiento de urgencia (art. 100).

2) **Requisas.**—Sólo puede decretarlas la autoridad militar que tenga competencia reglamentaria. Su especialidad relevante está en los elementos objetivos:

1.º) **Objetos expropiables.**—En tiempo de guerra: todo lo que sirva a los intereses militares y lo mismo en caso de movilización total o parcial, pero no para maniobras. En los demás casos: alojamientos y, limitados a veinticuatro horas cada vez, asistencia de enfermos y heridos y medios de transporte. En caso de grandes maniobras, también: propiedades rústicas y urbanas, y, por Decreto, los medios de transporte en total, como ensayo. Toda re-

(11) Véase en este mismo ANUARIO (D. civil, II, 4).

(12) Véase antes I, b), 3, 2.º, n. I.

(13) El artículo 107 preceptúa la redacción de un Reglamento que desarrolle este capítulo. [La Comisión redactora ha sido nombrada por O. 24 enero 1955.] Mientras tanto regirá el de 13 enero 1921, que desarrollaba la anterior Ley de 29 junio 1918.

quiza tendrá como límite máximo los recursos de los Municipios, dejando víveres suficientes para alimento de la población civil por tiempo prudencial (artículos 101 al 104).

2.º) Indemnizaciones.—Serán fijadas por Comisiones de Valoración (14) y alcanzarán al valor de lo requisado y a los daños y perjuicios causados. No se indemniza la prestación de alojamientos. Devengan interés legal si no se pagan a los tres meses de efectuar la requisa (arts. 105 y 106).

i) Expropiación de uso.—Las ocupaciones temporales (arts. 108-119) (15).

a') Supuestos de ocupaciones temporales:

1.º) Para estudios u operaciones facultativas de corta duración (artículos 108, 1 y 110).

2.º) Para establecer estaciones y caminos provisionales, talleres, almacenes, etc., que requieran las obras públicas para su constitución y para su reparación o conservación ordinaria (arts. 108, 2 y 111 al 115).

3.º) Para la extracción de materiales de toda clase, necesarios para la ejecución de una obra pública, ya estén diseminados, ya deban ser objeto de explotación temporal. Sólo se indemnizará su valor en los casos que prescribe la ley (16) (arts. 108, 3, 116 y 117).

4.º) Por causa de interés social, dándose los requisitos del artículo 72 (artículos 108, 4 y 118).

b') Intervención de empresas mercantiles: 1.º) Por cesación en el trabajo; 2.º) Por clausura temporal a consecuencia de sanción gubernativa (artículo 119, 1).

c') Protección a las viviendas.—Se exceptúan de las ocupaciones temporales, necesitándose permiso expreso de su morador si fuese necesario su franqueamiento a los fines del artículo 108 (art. 109).

V. Responsabilidad de la Administración.

a) Sujetos responsables.

a') Responsabilidad directa de la Administración como principio general.

b') Responsabilidad del concesionario.—En sustitución de la Administración, salvo que el daño tenga su origen en cláusula impuesta por la Administración y sea de ineludible cumplimiento (art. 121, 2).

c') Responsabilidad de los funcionarios con respecto a la Administración por los daños de que sean culpable según las leyes y reglamentos.

b) Ambito objetivo de la responsabilidad.

a') Daños regulados por esta ley:

1) Los causados por la Autoridades civiles por graves razones de orden político, seguridad o salubridad pública, sin las formalidades expropiatorias (art. 120).

2) Los causados en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 121, 1).

(14) Central, provinciales y especiales (art. 106).

(15) La «ocupación temporal» está expresamente mencionada en el artículo 1.º Ya los recogía la Ley de 10 enero 1879, tit. III (arts. 55 al 60) «De las ocupaciones temporales».

(16) Supuestos en que los materiales forman parte del activo patrimonial del particular y se desbordan los límites del *usus inocui*.

3) Idem que el anterior a consecuencia de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa (art. 121, 1).

b') Condiciones del daño: efectivo, evaluado económicamente e individualizado (art. 122, 1).

c) Reclamaciones.—El derecho de reclamar prescribe al año del hecho que lo motivó. Los expedientes, que se ajustarán a los preceptos sobre ocupación temporal de inmuebles o justiprecio de muebles, según los casos, terminarán por resolución expresa o denegación tácita (17) a los cuatro meses de presentar la reclamación (arts. 122, 2 y 120, i. f.).

d) Recursos.—Contencioso-administrativo (art. 122, i. f.).

B. OBSERVACIONES.—La presente Ley constituye un verdadero Código de Expropiación forzosa. Siguiendo el ejemplo de la Ley de Régimen Local se ha dado un nuevo paso en la Codificación del Derecho Administrativo según el prudente criterio de previas codificaciones parciales. Por ésto la Ley supone un esfuerzo meritorio que debe encontrar favorable acogida; aunque sólo fuera por presentar en forma coherente la multitud anterior de disposiciones sobre la materia.

El artículo 1.º es fundamental al indicar el extenso campo que constituye el objeto propio de la Expropiación forzosa. Ya estaba fuertemente arraigada en la doctrina esta amplia visión, que resulta útil para unificar en un concepto general una multitud de resultados concretos que llevan en sí la misma nota común: *«actividad administrativa que implica lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general»*.

Sin embargo, no puede por menos que reconocerse que el objeto típico de la expropiación, que constituye la base de toda generalización, es la propiedad de inmuebles, y, más concretamente, las fincas. Este era el reducido ámbito de la Ley de 10 de enero de 1879, que no admitió en su seno otras formas expropiatorias, como a la que luego haría referencia el artículo 351 C. c. Por ello no es extraño que en algún lugar de la Ley se pierda el sentido general que le preside y se refiera a fincas concretamente (artículo 52, r. 3.º).

Sin duda la novedad más importante de la Ley consiste en regular un amplio aspecto de la responsabilidad de la Administración, aunque no toda por la índole y la finalidad de la presente disposición. Aquí sólo cabe la responsabilidad por daños causados en los bienes, derechos e intereses legítimos que constituyen el objeto de la Ley. Quizá se haya extendido el ámbito expropiatorio más allá de sus propios límites, pero en todo caso, se ha llegado al ámbito máximo de la institución. Y, desde luego, han sido razones de oportunidad las que ha determinado el forzado entronque, siendo muy plausible el haber sabido aprovechar la ocasión que se presentaba para introducir una aguda cuña en la total irresponsabilidad práctica de nuestra Administración (18).

La colocación al final de las garantías constitucionales pone el colofón sistemático, aunque sea a costa de repetir en general lo que se había pormenorizado en cada caso. No supone innovación, aunque resulta muy oportuna, la constatación legislativa de la posibilidad de interdictos contra la Administración en evitación de los despojos que pudieran cometerse.

Por último, un breve comentario sobre los puntos más relevantes del cuerpo de esta Ley, siguiendo el mismo orden que en la exposición.

1. La introducción del interés social al lado de la utilidad pública, como nueva causa genérica de expropiación, venía impuesta por el artículo 32 del

(17) Aplicación del silencio administrativo.

(18) En el ámbito local se dió una progresiva regulación de la materia por la Ley de Régimen Local ya citada.

Fuero de los Españoles y había sido utilizada ampliamente en la Ley de fincas mejorables.

2. Es muy acertada la abreviación general de plazos en el procedimiento.

3 Profunda innovación supone la introducción de criterios legales para la determinación automática del justo precio.

Parece óptima la composición de los organismos encargados de fijarlo; pero hay que hacer grandes reservas respecto a la amplia aceptación de criterios fiscales.

Es evidente que la distribución formal del impuesto parte de la base de una inevitable evasión fiscal. Y siendo ésta muy variable para cada caso concreto, resulta aventurado utilizar valoraciones tributarias para obtener valoraciones reales.

Consciente el legislador del insoslayable problema, da en el artículo 43 una posibilidad permanente y discrecional de corrección, a fin de sustituir los resultados automáticos por los valores reales que se conozcan por otros criterios.

Las dos ventajas que se suponen están fuertemente contrapesadas, pues, de un lado, el posible incremento de los ingresos del Estado por evitar evasiones al menos en aquellos bienes amenazados de expropiación no debe conseguirse con instrumentos extraños al Derecho fiscal, sino lograrse mediante una buena Inspección de Tributos. Y de otro, las ventajas del automatismo en la fijación del precio no tendrá aplicación en multitud de casos en que se aplicará el artículo 43.

4. El procedimiento de urgencia aparece disimulado, pero sin perder su sustantividad propia, en el artículo 52; era preciso mantenerlo y se le ha dado carácter general.

5. Respecto a los procedimientos especiales, se procuran recoger todos los que son refundibles, dejando aparte aquellos supuestos de difícil asimilación. Junto a innovaciones como la expropiación por zonas o grupos de bienes, por incumplimiento de la función social de la propiedad o que dé lugar al traslado de poblaciones, se refunden los preceptos generales o generalizados de la anterior legislación fragmentaria. Así, en los casos de objetos artísticos, históricos o arqueológicos, colonización, obras públicas, propiedad industrial, requisiciones.

6. Las ocupaciones temporales se regulan en título aparte igual que en la Ley de 1879, añadiendo tan sólo unas variantes que impone la admisión del interés social como nueva clave de la expropiación. En la exposición que se ha hecho se han estructurado conforme a su propia naturaleza. (J. A.)

4. LIMITACIÓN DEL DOMINIO POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O INTERÉS SOCIAL: EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Se reglamentan los supuestos que dan lugar a traslados de familias* (Decreto de Agricultura 21 enero 1955; B. O. 10 febrero) (1).

A) EXPOSICIÓN: a) Intervención inexcusable del Instituto Nacional de Colonización (INC) en el expediente expropiatorio:

1) Antes de proceder al justiprecio en aquellos supuestos que dan lugar a traslados de *familias campesinas*, se remitirá al INC relación nominal de los vecinos afectados con expresión detallada de los que son *cultivadores personales* de tierras en *propiedad* o en *arrendamiento*, número de familiares y descripción de los bienes expropiados (art. 1.º).

2) El INC estudia y presenta a la aprobación del Consejo de Ministros una propuesta para el traslado de las familias que lo soliciten a fincas de

(1) Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, tit. III, cap. V. (Véase antes II, 3.)

regadio del Instituto o que éste adquiera voluntaria o forzosamente (artículo 2.º).

3) Aprobada la propuesta, el INC requerirá, por medio de la Alcaldía, a los cultivadores personales afectados para que, en el plazo de quince días, manifiesten si desean ser trasladados (art. 3.º).

b) Intervención del INC cuando los afectados solicitan el traslado a las fincas de aquél:

1) Subrogación en él expediente.—Los interesados conferirán por escrito su representación al INC al formular la solicitud (art. 5.º, 2.ª parte).

2) Aplicación del justiprecio:

1') El expropiado percibirá la indemnización por cambio forzoso de residencia, integrada por gastos de traslado familiar, transporte de ajuar y elementos de trabajo y por los jornales perdidos durante el traslado (artículo 6.º).

2') La otra parte del justiprecio se destinará por el INC en cantidad comprendida entre el 80 por 100 y el total a la amortización del valor de los bienes que se adjudiquen a cada familia (art. 5.º, 1.ª parte).

3) Colocación provisional.—Que podrán buscarse los afectados hasta la

4) Instalación definitiva como colonos.—El INC actuará discrecionalmente, teniendo en cuenta las condiciones de cada familia y adjudicará parcelas y lote de *independencia económica*, que puedan servir de base a patrimonios familiares (art. 4.º).

5) Si a los colocados provisionalmente no convinieran las adjudicaciones propuestas por el INC, podrán optar por percibir el importe íntegro de la expropiación (art. 7.º, 2.ª parte).

c) Caso especial de erección de nueva Entidad local.—El INC se subrogará en los derechos de la Entidad afectada, intervendrá en el expediente, y percibirá el justiprecio. Este pasará a formar parte del patrimonio de la nueva Entidad local (art. 8.º).

B) OBSERVACIONES: Nótese que el presente Decreto no se propone desarrollar el capítulo V, título III de la Ley de Expropiación forzosa, que se ocupa del traslado de poblaciones. Ahora el ámbito es más restringido y el artículo 1.º del Decreto reduce su objeto al traslado de *familias campesinas* afectadas por un expediente expropiatorio. Claro que, como se advierte en el preámbulo, habrá de tenerse en cuenta esta disposición cuando se confeccione el reglamento de la Ley citada.

Se plantea el problema jurídico y social de cuáles son las relaciones con la tierra que dan derecho a indemnización. En este lugar prescindiremos de las indemnizaciones generales de que se trata en la Ley de Expropiación forzosa. Aquí sólo interesa averiguar qué relaciones con la tierra dan derecho a la protección del INC y al subsiguiente traslado en condiciones de privilegio a las fincas de aquél. Del artículo 1.º se deduce que sólo tienen en consideración a los cultivadores directos de tierras en propiedad o arrendamiento. Parece que también comprenderá las aparcerías, pero no es fácil la admisión de precaristas en vista de la redacción del artículo. (J. A.)

5. LIMITACIONES A LA PROPIEDAD: VIVIENDAS BONIFICABLES: *Se establecen normas limitando los derechos de los propietarios e inquilinos de casas construidas con arreglo a los Decretos-Leyes de 19 de noviembre de 1945 y 21 de noviembre 1953 (Decreto-Ley 4 febrero 1955; B. O. 3 de marzo).*

Los propietarios de casas construidas al amparo de las citadas disposiciones que hubiesen optado por la facultad de venta por pisos, están obligados a arrendarlas si no las hubieran enajenado en un plazo de dos años a partir de la fecha en que se expidió el título definitivo de bonificable, si se expidió después de publicarse este Decreto y a partir de la fecha de su publicación para los que se hubiesen expedido antes.

Parece, sin embargo, que, si dichos propietarios hubiesen arrendado anteriormente sus casas bonificables, podrán enajenarlas no sólo en la forma ya dicha, sino también en las condiciones señaladas en la Ley de Arrendamientos urbanos (arts. 1.º y 2.º).

No podrán estos propietarios arrendar sus viviendas provistas de todo o parte de mobiliario o menaje de casa, incluso bajo la forma de contrato independiente por este concepto (art. 5.º).

A los arrendatarios de estas viviendas se les prohíbe toda cesión que no sea el subarriendo con autorización expresa del propietario y siempre que el subarrendador no perciba, por dicho contrato, renta superior a la pactada en el arrendamiento. Fuera de este caso, se prohíbe, incluso, la convivencia con las personas extrañas a que se refiere el artículo 27 de la L. A. U. (art. 4.º).

Finalmente, el Decreto prohíbe ser titular de hecho o de derecho de más de un contrato de arrendamiento de estas viviendas con excepción de los que sean cabezas de familia numerosa de segunda categoría y siempre que los pisos arrendados sean de un mismo inmueble (art. 3.º) (A. P.).

6. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD: REGLAMENTO DE EPIZOOTIAS: *Se establecen medidas respecto de los semovientes afectados de enfermedades contagiosas y se impone la construcción de albergues adecuados* (Decreto 4 febrero 1955; B. O. 25 marzo).

Se obliga, en el capítulo XIV, título II, al sacrificio de los animales afectados de determinadas enfermedades. Este sacrificio lleva consigo una indemnización cuya cuantía va desde el 50 por 100 del valor de tasación del animal hasta el valor total de dicha tasación, según los casos.

No serán indemnizables los animales que mueran antes de la fecha en que se ordene su sacrificio, ni tampoco podrán percibir indemnización por sacrificio obligatorio los propietarios que hubieren infringido alguna de las obligaciones que impone este Reglamento.

El sacrificio con indemnización debe entenderse siempre como facultad que se reserva el Estado y no como derecho que pueda alegar el ganadero a que se le sacrifiquen los animales enfermos.

A fin de evitar la mortalidad que en la ganadería se produce por la falta de construcciones que la defiendan de las inclemencias atmosféricas, el Ministerio de Agricultura podrá imponer a los propietarios de fincas ganaderas la construcción de albergues adecuados. (R. P.)

7. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD RÚSTICA: *Se dictan normas sobre ocupación permanente de trabajadores en fincas rústicas* (Decreto de la Presidencia del Gobierno de 25 de marzo de 1955; BB. OO. del 14 y 15 de abril).

A. **EXPOSICIÓN:** El Decreto anotado impone a los empresarios agrícolas que cultiven o aprovechen una superficie superior a determinadas hectáreas, según se trate de olivar o viñedo, aprovechamientos ganaderos o forestales o regadío, la obligación de dar ocupación durante todos los días laborables del año a un número de trabajadores agrícolas que no sea inferior al que, según los casos, se determina en el mismo Decreto (arts. 1.º y 2.º).

La aplicación del Decreto se limita a determinadas provincias españolas: las de Andalucía, Extremadura, Ciudad Real, Salamanca y Toledo, pero quedando el Ministerio de Agricultura facultado para extenderlo a otras mediante Orden y para exceptuar en las primeras aquellas explotaciones en que considere innecesaria o inconveniente la aplicación de estas normas, que en ningún caso podrán extenderse a las «calificadas» o «ejemplares» conforme a la ley de 15 de julio de 1952 (art. 8.º).

B) **OBSERVACIONES:** En el Preámbulo se justifica la anterior disposición por el deseo de alcanzar el índice de productividad de que cada finca es susceptible y ello en beneficio de la economía nacional que exige el máximo rendimiento de nuestro suelo. No cabe duda de que se impone así una nueva limitación a la propiedad (empresa) rústica y que se adivina la finalidad social de la disposición que no es incompatible con el concepto de la propiedad plasmado en el Fuero de los Españoles y el del Trabajo. Son de señalar los problemas que pueden surgir por la contratación obligatoria y otros por situaciones de privilegio que peligrosamente puedan crearse. (R. I.)

8. **CONSTITUCIÓN DE LAS HIPOTECAS VOLUNTARIAS: REQUISITOS FORMALES:** Se admiten dos supuestos de constitución de hipoteca en documento público que no sea escritura pública o notarial (art. 16 de la Ley de 15 de julio de 1954; B. O. del 16. y arts. 33, párrafo 1.º, y 40, párrafo 2.º del Decreto de Agricultura de 14 de enero de 1955; BB. OO. del 18 y 23 de febrero).

A. **EXPOSICIÓN:** Conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre protección de «viviendas de renta limitadas», «será título instrumental inscribible en el Registro de la Propiedad para la constitución o modificación de la hipoteca en garantía de los beneficios económicos concedidos por el Instituto Nacional de la Vivienda, el acta otorgada ante el Director de este organismo y autorizada por el Secretario del Consejo, con la conformidad del deudor. Para la cancelación de esta hipoteca será título bastante las certificaciones expedidas por el Secretario del Consejo con el visto bueno de Director, acreditativas del reintegro, total o parcial, del capital garantizados. Este es el primero de los supuestos anotados, y que envuelve auténtica novedad, pues el segundo se limita a establecer en el nuevo Reglamento de Pósitos, aprobado por Decreto de 14 de enero de 1955, lo que ya reconocía el artículo 25 del Reglamento anterior, aprobado por Real Decreto de 25 de agosto de 1928. Los preceptos interesantes a este respecto del Reglamento vigente son:

Artículo 39, párrafo primero. «Las obligaciones de los préstamos realizados por los Pósitos, tanto personales como con garantía prendaria o hipotecaria, y las órdenes o autorizaciones de cancelación de estas garantías se consignarán en documentos extendidos en papel simple y otorgados ante los secretarios de dichos Institutos, pudiendo con estas formalidades, y sin otros re-

quisitos que los que en lo restante sean reglamentarios, inscribirse en los Registros de la Propiedad las certificaciones referentes a préstamos hipotecarios y cancelarse las garantías de los mismos.»

Artículo 40, párrafo segundo. «Para que sean inscribibles las obligaciones de hipoteca deberán ser autorizadas por los funcionarios que con arreglo a este Reglamento sean competentes para acreditar los préstamos hipotecarios, sin que obste el que aparezcan impresas en parte, siempre que los huecos sean cubiertos, las enmiendas y el documento extendido con las garantías de costumbre.»

B) OBSERVACIONES: Roca (1) presenta seis casos en los que el ordenamiento jurídico español admite la constitución de hipotecas en documento público que no sea escritura pública o notarial. Aparte del ya visto del Reglamento de Pósitos de 1928 de los otros cinco, dos pertenecen al Reglamento del Impuesto de Derechos Reales (arts. 133 y 135, 136 y 137) por pago aplazado de liquidaciones por herencia o legado en nuda propiedad o por garantía del pago pendiente en caso de fraccionamiento del mismo, los cuales se inscriben en virtud de certificación de liquidador competente, otro supuesto es el del artículo 595 L. E. Cr., el quinto por contribuciones municipales especiales (R. D. de 3 de noviembre de 1928) y el sexto por préstamos concedidos por el Instituto del Crédito para la Reconstrucción Nacional (artículo 8.º del Reglamento de dicho Instituto de 27 de julio de 1939). El citado autor entiende que pese al artículo 145, número 1.º, de la L. H., estos supuestos subsisten aunque sería deseable su desaparición (2).

Desde luego, no es defensible desde ningún punto de vista este criterio de permitir la constitución de hipotecas en documento público que no sea escritura pública, vulnerando el artículo 145 de la L. H. El argumento económico que podría esgrimirse no es suficiente, y en todo caso el problema admite solución por otro procedimiento (3).

Teóricamente, la hipoteca constituida por documento administrativo carece de la fuerza que atribuye a todo acto la intervención notarial y prácticamente es inútil, pues no cabe ni el procedimiento judicial sumario (artículo 131, regla 3.ª de la L. H.) ni el juicio ejecutivo (art. 1429 L. E. C.), ni el procedimiento extrajudicial (arts. 234 y sigs. del R. H.). Estos argumentos y otros de carácter secundario abonan el repudio del criterio mantenido en la Ley de Protección de Viviendas de renta limitada y Reglamento de Pósitos y, en general, en todos los preceptos ya citados.

Finalmente y con relación concreta a los Pósitos debe anotarse que la redacción terminante del artículo 40, número 2.º («deberán») parece excluir en absoluto la posibilidad de que la hipoteca se constituya en escritura notarial. Dicho precepto, a diferencia del artículo 39, número 1.º, no tiene su antecedente en el Reglamento de 1928, sino en un acuerdo del Ministerio de Justicia de 28 de marzo de 1930 (4). (R. I.)

9. HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO: *Se establecen y regulan ambas formas de garantía (Ley de 16 diciembre 1954; B. O. del 18).*

A. EXPOSICIÓN: Régimen jurídico. 1. En caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley, se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes y en lo en

(1) *Derecho Hipotecario*, edic. 1948, tomo IV, págs. 334-5.

(2) Cita a MORELL que mantenía opinión contraria, pues sostiene en su obra que la L. H. de 1909 derogó el único supuesto entonces existente, o sea el de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

(3) Por ejemplo, reforma de las normas arancelarias.

(4) *Diccionario de Legislación Aranzadi*, tomo XII, núm. 15.179.

ella prevenido. Se autoriza al Ministerio de Justicia para dictar las disposiciones precisas para su debida ejecución y cumplimiento (disposiciones adicionales 3.ª y 4.ª).

2. Se derogan los artículos 1.863 bis al 1.873 bis del Código civil, la Ley de 5 de diciembre de 1941, el título primero y disposiciones adicionales del Real Decreto de 22 de septiembre de 1917 y las demás disposiciones legales que se opongan a la presente Ley, salvo las especialmente aplicables al Servicio Nacional del Crédito Agrícola (disposición final derogatoria).

3. Se autoriza al Ministerio de Justicia para determinar la entrada en vigor de esta Ley, lo que habrá de efectuarse dentro del plazo de cuatro meses, a partir del día de su promulgación (disposición adicional 4.ª).

4. En los plazos de días señalados en esta Ley sólo se computarán los hábiles (disposición adicional 1.ª).

I. Disposiciones comunes a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento.

1. Constitución. Elementos reales. A. Bienes. a) Bienes enajenables que, respectivamente, se mencionan en esta Ley. b) Si están en proindivisión o en usufructo, sólo en su totalidad y consintiendo todos los partícipes. c) No han de estar ya hipotecados, pignorados o embargados. d) Satisfecho enteramente el precio de adquisición, a no ser que la garantía lo sea por razón del precio aplazado (arts. 1.º y 2.º). B. Créditos. El artículo 7.º lo admite en garantía de cuentas corrientes de crédito o letras de cambio, remitiéndolo en cuanto a requisitos a los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria.

Elementos formales. A. Escritura pública, pero si se trata de operaciones bancarias o de los supuestos mencionados en el artículo 93 del Código de Comercio, cabe que la prenda sin desplazamiento se constituyan mediante póliza intervenida por agente de Cambio y Bolsa o corredor de comercio colegiado. B. Inscripción en el Registro que la Ley establece. La falta de inscripción priva al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que les reconoce la Ley. Sin embargo, la inscripción no invalida los actos y contratos nulos con arreglo a las leyes. Los asientos están bajo la protección de los Tribunales (art. 3.º).

2. Contenido. A. Extensión. a) En cuanto a la cosa. El artículo 5.º reproduce el número 2.º del 110 L. H., pero sin mencionar expresamente las indemnizaciones procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. b) En cuanto a la obligación asegurada. El artículo 9.º es reproducción del 114, párrafo primero de la Ley Hipotecaria.

B. Preferencia y prelación del acreedor hipotecario o pignoraticio.—Los establecidos en los artículos 1.922 núm. 2.º y 1.926 núm. 1.º, del C. C., dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales. Caso de quietra no se incluyen estos bienes en la masa mientras no se satisfaga el crédito garantizado, sólo se incluirá el sobrante del precio obtenido en la subasta (art. 10).

C. Otros efectos.—a) Transmisión. El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o pignorados sin consentimiento del acreedor (art. 4.ª). El crédito garantizado con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento podrá enajenarse o cederse en todo o en parte por escritura con los requisitos y efectos de los arts. 149 y 151 L. H. El garantizado con prenda sin desplazamiento a

que se refiere el art. 3.º p. 2.º (póliza) podrá enajenarse o cederse total o parcialmente por documento intervenido también por Agente o Corredor. La notificación al deudor deberá hacerse siempre por acta notarial (art. 8.º).

b) La falta de pago de la prima del seguro de los bienes cuando proceda su aseguramiento facultará al acreedor para dar por vencida la obligación o para abonar su importe por cuenta del obligado a su pago.

En el segundo caso el importe de la prima incrementado por el interés legal podrá hacerse efectivo al mismo tiempo y con el mismo título que la obligación principal, pero dentro del límite máximo fijado para costas y gastos en la escritura de constitución (art. 6.º).

3. Extinción.—Prescripción de estas acciones. A los tres años desde que puedan ser legalmente ejercitadas (art. 11).

II. Hipoteca mobiliaria.

1. Disposiciones generales.

A. Constitución.—Bienes hipotecables. Únicamente pueden serlo: 1.º Establecimientos mercantiles. 2.º Automóviles y otros vehículos de motor, así como tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular. 3.º Aeronaves. 4.º Maquinaria industrial. 5.º Propiedad intelectual e industrial.

No podrá hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria ni los bienes comprendidos en los artículos 52 a 54 (art. 12).

Elementos formales. El art. 13 enumera las circunstancias específicas de la escritura, en el 14 se mantiene el principio de especialidad y el 15 se remite a los arts. 154 y 155 L. H. cuando se trate de hipoteca en garantías de títulos al portador y endosables.

B. Contenido.—Carácter real. La hipoteca mobiliaria sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre que se impone cualquiera que sea su poseedor al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida (art. 16).

Conservación de los bienes hipotecados. Está obligado el hipotecante hacerla con la diligencia de un buen padre de familia, haciendo en ellos las reposiciones y reparaciones necesarias (art. 17). Acción de devastación a favor del acreedor (art. 18).

2. Hipoteca de establecimientos mercantiles.

A. Constitución.—Elementos personales. El establecimiento mercantil ha de estar instalado en local de negocio del que, el titular sea dueño o arrendatario, con facultad de traspaso (art. 19).

Elementos formales.—Circunstancias especiales de la escritura (arts. 24, 21 y 22). Notificación al arrendador o propietario (art. 24).

B. Contenido. Extensión. a) Necesariamente comprenda el derecho de arrendamiento sobre el local si lo tuviere el hipotecante y, en su defecto, los establecidos en el art. 28 de esta Ley, asimismo las instalaciones fijas o permanentes siempre que pertenezcan al titular del establecimiento (art. 20). b) Salvo pacto: 1.º Nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas distintas y demás derechos de propiedad intelectual e industrial. 2.º Máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo. Unos y otros han de ser de la propiedad del titular, estar enteramente pagado su precio de adquisición y destinadas de modo permanente a las necesidades de la explotación mercantil o industrial (art. 21). c) Cuando así se parte, la hi-

poteca comprenderá las mercaderías y materias primas propiedad del titular si se ha pagado por entero su precio de adquisición. El deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al determinado en la escritura (art. 22).

d) Indemnizaciones. Se comprenderán en el art. 5.º las que debe satisfacer el arrendador al arrendatario conforme a la LAU (art. 23).

Efectos: Reglas especiales.—a) Derechos del acreedor. 1.º Inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento, en la forma y planes estipulados, sin estorbar, en ningún caso, su normal desenvolvimiento (art. 22, párrafo 3.º). 2.º Prestar su conformidad al importe de las indemnizaciones que con arreglo a la LAU deba el arrendador al arrendatario, siempre que hubiere notificado oportunamente su crédito al primero, pudiendo exigir la intervención de la Junta de Estimación (art. 23). 3.º Ejercitar los derechos del arrendatario para exigir que cesen las perturbaciones de hecho o de derecho o para que se ejecuten las reparaciones necesarias, en el local arrendado, cuando el arrendatario o hipotecante no las ejecutare y hubiesen transcurrido ocho días desde que fué requerido para ello por el acreedor (art. 25). 4.º Poder dar por vencida la obligación aunque no haya transcurrido el plazo estipulado en el contrato por las causas que enumera el art. 23, con el reembolso que autoriza el artículo 30. 5.º Mostrarse parte en el procedimiento por resolución del contrato de arrendamiento conforme al art. 32. b) Obligación del hipotecante: 1.º Continuar el comercio o industria en el establecimiento hipotecado con arreglo a los usos de comercio y participar al acreedor, dentro de los ocho días, cualquier acto o novedad dañosa (art. 27). 2.º Responsabilidad civil y penal, si procede cuando maliciosamente dé lugar a la resolución del contrato (art. 32, párrafo 2.º). Conforme al art. 33 no surtirá efecto alguno en perjuicio del acreedor la renuncia de los derechos derivados del contrato de arrendamiento hecho por el arrendatario durante la subsistencia de la hipoteca, si sólo se hubiese notificado en la forma prevista en el art. 24 (art. 33).

c) Obligaciones del acreedor.—1.º Si se le notificó la hipoteca trasladar al arrendador las notificaciones previstas en los arts. 102 y ss., LAU (art. 26). 2.º Notificar al acreedor la sentencia firme declarando la resolución del contrato de arrendamiento por alguna de las causas 2.º a 5.º y 10.º del art. 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y no será ejecutiva hasta que transcurran treinta días desde la notificación, pudiendo el acreedor en ese plazo hacer efectiva la acción hipotecaria (art. 31, párrafos 2.º y 4.º).

d) Derechos del arrendador.—1.º Incremento en la renta si prestó su conformidad con la hipoteca. 2.º Retracto respecto de la adquisición que haga el adjudicatario en la subasta (art. 31). 3.º Recuperar el local objeto del arrendamiento, resuelto si el acreedor no entabla el procedimiento ejecutivo en el plazo señalado en el mismo art. 31 (art. 31). 4.º Si no dió su conformidad a la hipoteca, ejercitar libremente las acciones resolutorias reconocidas en los números 2 a 5 y 10 del art. 149 LAU (art. 32).

C. Extinción.—El art. 23 enumera las causas por las que el acreedor podrá, aunque no haya transcurrido el plazo estipulado, dar por vencida la obligación. La 9.º tiene carácter general (cualquiera otra especialmente fijada por la ley o estipulada en la escritura de hipoteca).

Si la hipoteca se constituyó por el mismo propietario del local, el adju-

dicatario, en caso de ejecución, adquirirá de pleno derecho la cualidad de arrendatario con sujeción a lo pactado en la escritura de hipoteca (artículo 28). Extinguido por cualquier causa el derecho de arrendamiento del hipotecante sobre el local, subsistirá íntegramente la hipoteca sobre los demás bienes hipotecados (art. 32, párr. 3.).

3. Hipoteca de vehículos de motor.

A. Constitución.—Bienes hipotecables. Automóviles, camiones, autocares, autobuses, tractores, motocicletas y cualesquiera otros vehículos de motor susceptibles de matrícula en el correspondiente Registro Administrativo. Tranvías, trolebuses y vagones de ferrocarril de propiedad particular (artículo 34).

Requisitos formales. Circunstancias de la escritura y anotación en el permiso de circulación (art. 35).

B. Contenido.—a) Obligación de Seguro. Contra los riesgos de robo, hurto, extravío, sustracción o menoscabo, por una cantidad igual o superior al importe total de la responsabilidad hipotecaria (art. 36).

b) Prohibición de salir del territorio nacional sin permiso del acreedor (artículo 32).

4. Hipoteca de aeronaves.

A. Constitución.—Bienes y extensión. Aeronaves de nacionalidad española inscritas en la sección correspondiente del Registro Mercantil de la provincia donde estén matriculadas, en cuanto a los extranjeros se estará a los convenios internacionales y principio de reciprocidad. Si están en construcción, podrán hipotecarse cuando se hubiere invertido un tercio de la cantidad total presupuestada. (art. 38). El artículo 35 determina la extensión en cuanto a los bienes.

Circunstancias especiales de la escritura (art. 40).

B. Contenido.—Preferencia. Sólo gozarán de preferencia sobre la hipoteca mobiliaria las remuneraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave en las condiciones que determina el artículo 41.

5. Hipoteca de maquinaria industrial.

A. Constitución.—Bienes hipotecables. Máquinas, instrumentos o utensilios instalados y destinados por su propietario a la explotación de su industria y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma. Dicha industria deberá figurar inscrita en el censo industrial o minero a nombre del hipotecante. Calderas de vapor, hornos no incorporados al inmueble, instalaciones químicas y demás elementos materiales fijos afectos a la explotación de la industria (art. 42).

Circunstancias especiales de la escritura (art. 43).

B. Contenido.—El dueño de los bienes deberá conservarlos en el lugar y estado en que se encontraren, respondiendo civil y, en su caso, criminalmente, del incumplimiento de esta obligación. Podrá usarlos normalmente, conforme a su destino y sin merma de su integridad. El mal uso o la resistencia a la inspección de la cosa por el acreedor o su representante conferirá derecho al acreedor para dar por vencida la obligación hipotecaria (art. 44).

6. Hipoteca de propiedad intelectual e industrial.

A. Constitución.—Bienes hipotecables y extensión de la hipoteca. Po-

drán ser hipotecados los derechos protegidos por las leyes de Propiedad intelectual e industrial (art. 45). Salvo pacto en contrario, la hipoteca comprenderá los derechos accesorios que se mencionan en el artículo 46.

Circunstancias especiales de la escritura (art. 47).

B. Contenido.—a) Prohibición al titular de la renuncia de su derecho o la cesión del uso o explotación total o parcial sin consentimiento del acreedor, atenuada cuando se trate de películas cinematográficas (artículo 48). b) Pacto a favor del acreedor de cobrar los derechos del titular total o parcialmente e imputación de los mismos (art. 49). c) Facultades del acreedor en orden a la obtención de renovación, rehabilitación o prórrogas para el mantenimiento de los derechos hipotecados (art. 50).

C. Extinción.—El artículo 51 determina dos causas por las que el acreedor podrá dar por vencida su obligación hipotecaria antes del cumplimiento del término: 1.º Falta de pago del canon. 2.º Falta de explotación de la patente o de uso de las marcas en las circunstancias que el artículo establece.

III. Prenda sin desplazamiento.

1. Constitución.

A. Elementos personales.—Los pignorantes han de ser titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias (art. 52, párr. 1.º).

B. Elementos reales.—Se puede constituir prenda sin desplazamiento sobre los siguientes bienes: 1.º Frutos pendientes y cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato. 2.º Los frutos separados o productos de las explotaciones ya citadas, si no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hayan de depositarse. 3.º Los animales, así como sus crías y productos. 4.º Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones. 5.º Las máquinas y demás bienes muebles identificables que no reúnan los requisitos expresados en el artículo 42, aunque no formen parte de ninguna explotación de las citadas. 6.º Las mercaderías y materias primas almacenadas. 7.º Las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, en su totalidad o en parte e incluso dichos objetos, aunque no formen parte de una colección (arts. 52, 53 y 54).

No puede constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes expresados en el artículo 12 o que por pacto hubieren sido hipotecados con arreglo al artículo 111 de la L. H. Tampoco puede constituirse prenda ordinaria sobre bienes pignorados con arreglo a esta Ley (art. 55).

C. Elementos formales.—Circunstancias especiales de la escritura (artículo 57).

2. Contenido.—A. Obligaciones del pignorante: 1.º El dueño de los bienes pignorados tendrá a todos los efectos legales la consideración de depositario, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal, no obstante su derecho a usar de los mismos sin menoscabo de su valor. A la muerte de dicho depositario legal podrá exigir el acreedor que se entreguen materialmente en depósito a otra persona (art. 59). 2.º No puede trasladar los bienes del lugar en que se encuentren, según la escritura o póliza sin consentimiento del acreedor (art. 60). 3.º Son de su cuenta las expensas o gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes pignorados (art. 61). 4.º Si el deudor hace mal uso de

los bienes o incumple las obligaciones anteriores, el acreedor puede exigir la devolución de la cantidad adecuada o la inmediata venta de la prenda, sin perjuicio de las responsabilidades que procedan, y la pérdida o deterioro de dichos bienes dará derecho a la indemnización correspondiente, exigibles a los responsables del daño y en su caso a la entidad aseguradora (art. 62).

B. Derechos del deudor.—Puede devolver al acreedor en cualquier tiempo el importe del principal, con los intereses devengados hasta el día (artículo 58).

C. Derechos del acreedor.—1.º Aparte de los que se derivan de los ya citados artículos 59, 60 y 62, el artículo 63 le autoriza a comprobar la existencia de los bienes e inspeccionar su estado, estableciendo el procedimiento a seguir en caso de resistencia del deudor. 2.º Caso de abandono de los bienes se entiende vencida la obligación y puede encargarse de la conservación, administración y en su caso recolección, bajo su exclusiva responsabilidad del modo y forma pactados en la escritura o póliza (art. 64). 3.º Cuando el deudor, consintiendo el acreedor, decida vender, en todo o en parte, los bienes pignorados, tendrá el último derecho preferente para adquirirlos por dación en pago siempre que el precio convenido para la venta fuese inferior al total importe del crédito y quedará subsistente por la diferencia (artículo 65).

D. Derechos de terceros.—Los legitimamente adquiridos en virtud de documento de fecha auténtica anterior a la constitución de la prenda y sobre los bienes pignorados no pueden sufrir perjuicios, quedando a salvo la responsabilidad civil y criminal en que incurriere el que defraudare a otro ofreciendo en prenda, como libres, cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen (art. 56).

E. Prelación.—Gozan de ella, no obstante lo dispuesto en el artículo 10, y con respecto al crédito pignoraticio: 1.º Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas o frutos. 2.º Los de alquileres o rentas de los últimos doce meses de la finca en que se produjeron, almacenaron o depositaron los bienes pignorados (artículo 66).

IV. Registro.

1. Valor de los asientos.—Se señala en el artículo 3.º, ya transcrito al principio.

2. Organización y funcionarios.—Dependencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado y a cargo de los Registradores de la Propiedad (art. 67).

3. Libros.—Uno diario, común a la hipoteca y a la prenda, y dos de inscripciones para cada una de estas garantías (art. 67). En cuanto al libro diario, atender al artículo 71.

4. Títulos inscribibles.—a) Títulos de constitución y, en su caso, modificación. b) Los de cesión por actos intervivos y cancelación. c) Los de adjudicación «mortis causa» a favor de persona determinada en la forma prevista en el artículo 14 L. H. d) Mandamientos judiciales de embargo y los de su cancelación. e) Resoluciones judiciales firmes que declaren la nulidad, rescisión, revocación, resolución o cancelación de estas garantías (artículo 68).

5. Competencia.—El artículo 69 la determina para las hipotecas y el 70 para las prendas. Hay que destacar que cuando se trate de propiedad intelectual o industrial será el Registro de la Propiedad de Madrid que el Ministerio de Justicia determine, y cuando se trate de aeronaves, el Registro Mercantil de la provincia en que estén matriculadas.

6. Calificación.—Los registradores calificarán bajo su responsabilidad los siguientes extremos: a) Legalidad de las formas extrínsecas. b) Capacidad y facultad de disposición de los otorgantes, así como la competencia del Juez, Tribunal o funcionarios autorizantes. c) Legalidad del contenido de los documentos en los límites que la Ley señala (art. 72).

Recurso contra la calificación denegatoria o suspensiva de alguna aprobación, se remite al artículo 63 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil (art. 73).

Se autoriza la inscripción de las escrituras públicas sin el previo pago de los impuestos de derechos reales y Timbre, siempre que el importe de las liquidaciones de los mismos se afiancen sin restricciones mediante carta u otro medio escrito, por un Banco oficial o de la Banca privada inscrita. El Registrador, al practicar así la inscripción, dará cuenta de oficio a la oficina liquidadora competente (disposición adicional 2.ª).

7. Asientos (art. 74).

8. Relación con los demás Registros.—Cuando se hipoteque un establecimiento mercantil o maquinaria industrial o se pignoren bienes, uno y otros susceptibles de extenderse a ellos la hipoteca del inmueble donde están instalados, conforme al artículo 111 de la Ley Hipotecaria, se hará constar la constitución de la hipoteca o la prenda al margen de la inscripción de dominio del inmueble a favor del que hipoteca o pignora. Igual nota se extenderá al margen de la concesión del tranvía cuando se hipotequen éstos. Extendida esta nota la hipoteca o la prenda serán preferentes, en cuanto a dichos bienes, respecto a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos. Si en el Registro apareciere inscrito a favor del que hipoteca o pignora, el derecho de arrendamiento del local donde radique el establecimiento mercantil o la maquinaria hipotecada o los bienes pignorados, se extenderá igualmente nota al margen de la inscripción correspondiente, en la que se hará constar la constitución de la hipoteca mobiliaria o de la prenda extendida, la nota surte los efectos señalados (art. 75). El artículo 76 determina la toma de razón en los Registros especiales cuando se hipotequen automóviles u otros vehículos de motor, vagones, tranvías, propiedades intelectual e industrial, aeronaves y maquinaria industrial.

9. Cancelación de las inscripciones.—El artículo 77 remite a los artículos 82 y 83 de la L. H. y si se trata de hipotecas en garantía de títulos endosables y al portador al 156 de la misma Ley. Si la inscripción tuvo lugar mediante documento intervenido por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio Colegiado, para su cancelación será suficiente documento intervenido también por Agente o Corredor.

10. Se establece la publicidad de estos Registros. (Art. 78.)

11. Caducidad.—Las inscripciones de hipoteca caducarán y se cancelarán de oficio o a instancia de parte, una vez transcurrido seis años, y los de

prenda, una vez transcurrido tres años, contados en ambos casos a partir de la fecha del vencimiento de la obligación garantizada (art. 79).

V. Procedimientos para hacer efectivos los créditos garantizados.

El artículo 81 establece que sin perjuicio de los procedimientos establecidos en la L. E. C. el acreedor podrá hacer efectivo su crédito mediante los siguientes:

1. Hipoteca mobiliaria.

A. Procedimiento judicial sumario.

Requisitos: a) Subjetivos. Competencia. Cualquiera que sea la cuantía de la reclamación será Juez competente el de Primera Instancia del Partido donde estuviere inscrita la hipoteca. Si fueren varios los bienes hipotecados e inscritos en mismos Registros, será competente el Juez de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante. Causas modificadoras de la competencia. Cabe la sumisión, pero no la conexión excluida expresamente (arts. 83 y 85, pp. último).

b) Objetivos.—El título de ejecución es la escritura de hipoteca inscrita en el Registro. Para que sea aplicable este procedimiento es necesario que se hayan cumplido los mismos requisitos que el artículo 130, párrafo 1.º L. H. señala para la hipoteca ordinaria (tasación de los bienes y fijación de domicilio). Si se trata de establecimientos mercantiles se tendrá necesariamente por domicilio el local en que estuviere instalado el establecimiento que se hipoteca (art. 82).

c) De la actividad.—Rige la Disposición Adicional primera, ya anotada en cuanto a computación de plazos.

Procedimiento: a) Fase anterior a la subasta.—La iniciación de procedimiento es por demanda formulada conforme establece el artículo 84, regla primera y acompañada de los documentos que ahí se determinan. Todo ello de forma análoga a lo dispuesto en el artículo 131, regla segunda L. H. Respecto a la integración se establece en la regla segunda del artículo 84 la práctica del requerimiento judicialmente si no se ha presentado el acta notarial. Reclamación al Registrador, a instancia del demandante de certificación literal de la inscripción de la hipoteca, su vigencia, cancelación o modificación. Si aparece algún arriendo posterior a la inscripción de la hipoteca, notificación a su titular de la existencia del procedimiento para que, si le conviene, intervenga en la subasta o satisfaga antes del remate el importe del crédito, intereses y costas.

b) Fase de subasta.—La regla tercera regula la puesta en posesión interina o administración de los bienes hipotecados con ligeras modificaciones respecto a lo establecido en la regla sexta del 131 y párrafo primero del artículo 133 L. H. Asimismo, aunque también con ciertas modificaciones, se regula la subasta (reglas cuarta, quinta, sexta y séptima del art. 84) en forma análoga a lo establecido en la L. H. (reglas séptima a catorce del artículo 131).

c) Fase de perfección de la subasta.—Las reglas octava y décima del artículo 84 reproducen ligeramente modificados los preceptos de la quince a la diecisiete del 131.

La regla once determina que si el precio del remate no alcanzase a cubrir

al importe del crédito, intereses, costas y gastos, el acreedor no adjudicatario conservará su derecho contra el deudor por la diferencia.

d) Suspensión del procedimiento.—El artículo 85 recoge como causas de suspensión las mismas que el 132 L. H., salvo la cuarta, y en cambio, admite la de que se acredite con certificación del Registro correspondiente que los bienes están sujetos a otra hipoteca mobiliaria o afectos a hipoteca inmobiliaria, en virtud del artículo 111 L. H., vigentes o inscritas antes que la que motivare el procedimiento.

Efectos: a) Jurídico procesales. Cosa juzgada formal.—Contra el auto en que el Juez deniegue la admisión de la demanda cabe recurso de apelación en ambos efectos, previo recurso de reposición (art. 84, regla segunda). De modo general todas las resoluciones que se vayan dictando en este proceso son susceptibles de apelación, que se admitirá en un solo efecto (art. 85, último párrafo). b) Económicos. Costas. Las paga el ejecutado, pero el bien no responde más que hasta la cifra señalada en la escritura de hipoteca (artículo 13, cuarta).

B. Procedimiento extrajudicial.

Requisitos: a) Subjetivos. Competencia.—Sólo podrá ser seguido ante notario competente para actuar en el lugar donde radiquen los bienes hipotecados.

b) Objetivos.—Para que este procedimiento sea aplicable es necesario: 1.º, que en la escritura de constitución de la hipoteca se designe por el deudor, o por el hipotecante no deudor, un mandatario que le represente en su día en la venta de los bienes hipotecados; 2.º, que se haga constar lo prevenido en el artículo 82.

Procedimiento y efectos.—Se regula en los artículos 86 al 88 reproduciendo sustancialmente contenido en los artículos 234 a 236 R. H. Son nuevas, sin embargo, las reglas segunda y tercera del artículo 87 conforme a las cuales se iniciará el procedimiento por un requerimiento dirigido por el acreedor al notario, que, previo el cumplimiento de los requisitos de este artículo, proceda a la venta de los bienes en pública subasta. En el requerimiento hará constar el acreedor la cantidad exacta objeto de la reclamación por principal e intereses, y la causa del vencimiento entregando el título o título de su crédito, revestidos de los requisitos que exige la L. E. C. para que tengan carácter ejecutivo. Se determina, asimismo, el requerimiento notarial de pago al deudor, y, en su caso, al hipotecante no deudor o al otro poseedor y la conducta a seguir por éstos (pagar o entregar la posesión de los bienes) y los efectos de su incumplimiento. Asimismo, se disminuyen notablemente los plazos en relación con el procedimiento del R. H. y es interesante hacer constar que la cantidad obtenida en la subasta se destina, en primer lugar, al pago de los gastos del procedimiento y después al del principal e intereses (art. 87, regla décima), invirtiéndose, pues, el orden respecto a la hipoteca corriente (art. 235, regla novena, R. H.)

En cuanto a las causas de suspensión del procedimiento extrajudicial, el artículo 88 se remite al 85 y además se acepta la del artículo 236 R. H.

C. Reglas especiales.

Los artículos 89 y 90 dictan reglas especiales para los procedimientos ju-

dicial sumario y extrajudicial cuando se trate de la hipoteca de establecimientos mercantiles y el 91 para la hipoteca de vehículos de motor.

2. Prenda sin desplazamiento.

A. Procedimiento judicial sumario.

Requisitos: a) Subjetivos. Competencia.—En defecto de sumisión expresa, Juez de Primera Instancia del lugar en que se hallen, estén almacenados o se entiendan depositados los bienes pignoralados (art. 92, reg^{la} primera).

Procedimiento: a) Fase anterior a la subasta: Se inicia el procedimiento mediante demanda con las circunstancias que señala la regla segunda del artículo 92, acompañada del título inscrito del crédito pignoralativo, con los requisitos necesarios para despachar la ejecución. (También tendrá fuerza ejecutiva la póliza firmada por los contratantes y el Agente o Corredor, si se acompaña certificación de éstos, acreditativa de su conformidad con el libro Registro de los mismos.) Requerimiento judicial de pago en defecto del extrajudicial (regla tercera).

b) Fase de subasta.—El procedimiento de subasta se establece en las reglas cuarta y quinta, párrafo primero con notable simplificación respecto de la hipoteca (menor publicidad, no exigencia de consignación, etc.). La segunda subasta, o en su caso la adjudicación, en la regla sexta.

c) Fase de perfección de la subasta.—El pago del precio y la puesta en posesión de los bienes se harán en el mismo acto de la subasta (regla quinta, párrafo segundo).

d) Suspensión del procedimiento.—Las causas y el orden a seguir están contenidas en el artículo 93 análogamente a lo establecido en el artículo 85 respecto a la hipoteca.

B. Procedimiento extrajudicial.

Está regulado en los artículos 94 y 95. Ha de proceder requerimiento notarial de pago al deudor, si dentro de los tres días no paga o entrega la posesión material de los bienes, el notario no seguirá adelante la actuación y el acreedor podrá acudir a los procedimientos judiciales, sin perjuicio de las acciones civiles y criminales; si el deudor no paga, pero entrega la posesión de los bienes, el notario procederá a la enajenación de estos en la forma prevenida en el artículo 1.872 C. c.

El artículo 95 permite aplazar las subastas hasta que se haya verificado la recolección de los frutos pendientes o cosechas esperadas, si en esto consistiesen los bienes ejecutados.

B. OBSERVACIONES: 1. La presente Ley insiste en el camino iniciado por otras anteriores de extender la garantía hipotecaria sobre los bienes muebles, bien en su forma propiamente hipotecaria, bien en la de prenda sin desplazamiento (1). Siguiendo un criterio mixto, se admiten en la Ley las dos formas de garantía: la hipotecaria cuando se trate de bienes de «identificación semejante a la de los inmuebles» y la pignoralativa para los de «identificación menos perfecta». Este es el criterio diferenciativo según expresa el Preámbulo.

Ante la no vigencia práctica de los artículos 1.863 bis al 1.873 bis C. c., era

(1) Como indica SANZ FERNÁNDEZ (*La prenda sin desplazamiento*, en AAMN, tomo 2.º curso 1943-44, pág. 136), unas veces se ha seguido la configuración como hipoteca (Ley de Hipoteca naval y Proyecto de Reforma del C. c de 1926) y otras el sistema de la prenda. (Prenda agrícola, prenda aceitera, prenda industrial y Ley de 5 diciembre 1941.)

llegado el momento de establecer una nueva regulación y en el aspecto puramente externo se ha seguido el sistema de una Ley especial (patrocinado por Sanz) en lugar de una nueva reforma del C. c. (defendida por Roca) sin duda por la necesidad de dar mayor amplitud a la reforma.

2. La nueva Ley acepta gran número de preceptos de la legislación hipotecaria vigente (ello quizá debiera haber motivado mayor economía legislativa evitando repeticiones) aunque simplificándolas, así en cuanto a constitución, extensión, garantía por interés, cesión del crédito y derechos prosecución y preferencia, pero también se aparta de dicha legislación en muchos extremos, por ejemplo, en el artículo 4.º que prohíbe al deudor enajenar los bienes sin consentimiento del acreedor, precepto éste cuyas consecuencias no es fácil determinar cuando concorra con el artículo 464 del C. c. en los supuestos en que sea aplicable, también el plazo de las acciones hipotecaria y pignoraticia (art. 11) y varios otros.

3. El artículo 12 admite como bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria los que general y tradicionalmente se han defendido como tales. Ya Sanz ante la Ley de 1941 se lamentaba de que no se hubieran incluido la propiedad intelectual e industrial ni las empresas mercantiles, achacando el olvido del legislador al carácter administrativo de las primeras y mercantil de las terceras, pero estimando que hubiera sido fácil y conveniente la inclusión por existir Registros de las dos propiedades citadas y ser fácil organizar una publicidad adecuada en la tercera clase de bienes. Puig Peña entendió que la empresa mercantil sí se incluyó en la reforma y precisamente en el artículo 1.865 bis, párrafo 1.º. Sanz impugna este criterio, pues precisamente por hablar de conjunto de cosas se excluyó la unidad y tampoco podía acogerse en el artículo 1.864 bis que al hablar de comerciantes e industriales lo hacía con referencia a elementos concretos. Se desvía el artículo 18 que regula la acción de devastación a favor del acreedor de lo que para el mismo supuesto establece el artículo 117 de la L. H.

4. En cuanto a la hipoteca del establecimiento mercantil o empresa mercantil como también se llama, ha sido siempre difícil problema. Surgen ya las dificultades al tratar de la consideración jurídica de la empresa, que se puede concebir como concepto jurídico unitario (organización de actividades, bienes y relaciones de variada condición, objeto de tráfico jurídico en conjunto) o como persona jurídica, o como patrimonio autónomo, o como «universitas rerum». Ya dentro del problema de la empresa como objeto del tráfico jurídico y concretamente del derecho real de prenda, Ferrara y Garrigues se muestran enemigos de su aceptación, y lo mismo el Derecho suizo. Sanz Fernández, por el contrario, siguiendo el Derecho francés (Leyes de 1 marzo 1898 y 17 marzo 1908) admite la pignoración de la empresa que ya encontró acogida en el Proyecto de Reforma del C. Co. 1926.

La mutabilidad de los elementos de la empresa plantea el problema de si deben seguir sujetos a la garantía aquellos que se separan de ella y si deben someterse a la misma los nuevos elementos que en la misma ingresen. En la legislación francesa el problema se resuelve excluyendo de la prenda los elementos sujetos a normal mutación y limitándola a los dotados de estabilidad y permanencia, pero Rotondi ha defendido otro sistema que el artículo 1.865 bis recogió respecto a los conjuntos de cosas y es la extensión total de la garantía aplicando el principio de subrogación real en virtud del cual se exceptúan aquellos bienes que salgan normalmente y se incluyen automáticamente los que ingresen en sustitución de los enajenados y que serán de análoga calidad y cantidad y valor equivalentes (2).

El Proyecto de Reforma de 1926 sujetaba a la hipoteca de los establecimientos mercantiles todos los bienes incorporeales, muebles, mercaderías y créditos. La Ley vigente regula la extensión objetiva de esta hipoteca en los artículos 20 al 23, distinguiendo una extensión necesaria, otra normal, otra convencional y una cuarta por subrogación.

El derecho de inspección del acreedor se formula mejor que en el derogado

(2) SANZ. trabajo citado, pags. 174 a 180.

artículo 1.871 bis, al limitarlo en cuanto a la forma y plazos y exigir que no estorbe el normal desenvolvimiento del negocio.

5. Las dificultades que los vehículos de motor presentan para su hipoteca trata de solventarlos la Ley con la casi totalidad de los preceptos que a ella se dedican: identificación lo más detallada posible (art. 35), anotación en el permiso de circulación (art. 35), seguro (art. 36) y prohibición de salida del territorio nacional (art. 37).

6. Dada la similitud, aunque no identidad, entre las aeronaves y los buques, Lezón (3) defendió la aplicación a las primeras de la Ley de Hipoteca Naval de 1893 y Reglamento del Registro Mercantil, criterio que repudia Valverde, por no admitir ninguna similitud. La Ley de Bases de la Navegación Aérea de 27 de diciembre de 1947, en la base 3.ª, atribuye a las aeronaves la condición de bienes muebles, pero en la 14 los declara susceptibles de hipoteca, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil para que quede válidamente constituida (4). La nueva Ley se ha apartado de este criterio, aunque se asimila en gran parte la regulación de esta hipoteca a la de buques. Así, al admitir la hipoteca de aeronaves en construcción (art. 38) en forma análoga al artículo 16, párrafo primero de la Ley de 1893 y en cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil. No se limita la salida del territorio nacional.

7. Sólo se admite la hipoteca de maquinaria industrial cuando aparezca como un elemento de producción o de trabajo. El preámbulo indica las tres clases de hipoteca que pueden recaer sobre la maquinaria industrial (la del establecimiento mercantil, la mobiliaria específica de ella y la inmobiliaria corriente); ello puede plantear difíciles problemas. Sólo el «status loci» absolutamente exigido podrá resolverlos, y a ello responden los artículos 43, cir. 2.ª, y 44, párrafo primero.

8. El Proyecto de Reforma del Código de comercio de 1926 ya admitió (artículos 519 y 520) la hipoteca mercantil de la propiedad intelectual y de la industrial, con inscripción en cada uno de los Registros respectivos. La hipoteca de estos derechos se desarrolla casi exclusivamente en el ámbito registral, y por ello el artículo 69, reg. 3.ª, establece un Registro único en Madrid, y el artículo 76 determina la relación con los Registros Administrativos correspondientes.

9. Siguiendo la tendencia de la mayor parte de los ordenamientos continentales europeos, se limitan los bienes susceptibles de prenda, aunque, desde luego, con un criterio más amplio que el de los intentos legislativos y leyes anteriores. La limitación es estricta en el ámbito personal: titulares de explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias. Después, y en cuanto a los bienes, se sigue un criterio más permisivo (en especial, art. 54).

La admisión de la prenda sin desplazamiento es indudable que suscitará en nuestra doctrina los mismos ataques que la Ley de 1941, máxime cuando en la nueva regulación se aceptan gran número de preceptos de la derogada (por ejemplo, el depósito propio), aparte de otras del R. D. de 1917. En cuanto al referido depósito (art. 59), el preámbulo indica que no es propiamente un depósito, sino una «especial situación del deudor»; no cabe duda que es así.

La fundamental exigencia del «status loci» se encuentra en el artículo 60 (y en el 57, núm. 2.ª).

También se acepta del artículo 1.871 bis, aunque con alguna modificación, el derecho de inspección del acreedor.

Al no tener derecho de persecución y tratarse sólo de un privilegio con un beneficio procesal, es difícil asegurar el éxito o fracaso de esta forma de garantía que es la prenda sin desplazamiento.

(3) R. C. D. I., núm. 67, citado por VALVERDE.

(4) La inclusión de esta hipoteca en la Ley de Hipoteca Mobiliaria es accedida no ya porque el objeto del derecho, en este caso el avión, no sea criterio acertado y sistemático para establecer en torno a él una regulación total, sino porque el camino seguido favorece la aplicación de disposiciones adecuadas en caso de laguna, cosa difícil de otra forma.

10. Ya se han señalado las excepciones que en materia del Registro contiene la Ley respecto a las aeronaves y a las propiedades intelectual e industrial. Para los demás bienes se establece un Registro de Gravámenes. El artículo 80 de la Ley «anuncia» una disposición general del Ministerio de Justicia que determinará más detalladamente toda la materia relativa a este Registro.

11. Los procedimientos ejecutivos se han establecido en la Ley simplificando grandemente los análogos de la Ley Hipotecaria, en la forma que ya ha quedado señalada en la exposición. (R. I.)

10. HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO: *Se prorroga por cuatro meses más la autorización concedida al Gobierno por la Ley de 16 de diciembre de 1954 para determinar la fecha de su entrada en vigor (Decreto-Ley de 15 de abril de 1955; B. O. del 23).*

La disposición adicional 4.ª de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento autorizó al Gobierno para que, a propuesta del Ministro de Justicia, y dentro del plazo de los cuatro meses siguientes a su promulgación, determinase la fecha de su entrada en vigor, conforme a lo establecido en el artículo 1.º del C. c. La promulgación tuvo lugar el día 18 de diciembre, y ahora, próximo a expirar el plazo, se dicta este Decreto-Ley, cuyo artículo 1.º lo prorroga por cuatro meses más. Justifica esta prórroga el preámbulo en la necesidad de dictar la adecuada reglamentación del Registro conforme a lo ordenado en el artículo 80 de la Ley. (R. I.)

III. Derecho de obligaciones.

1. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: *Se dan disposiciones reglamentarias para la aplicación de la Ley de 15 julio 1954 (1) sobre regulación de los arrendamientos rústicos (protegidos), prorrogados por Ley 4 mayo 1948. En cuanto a la entrada en vigor regirá, en general, el artículo 1.º del C. c. (Decreto 17 diciembre 1954; B. O. 1.º enero 1955).*

A) EXPOSICIÓN. a) Entrada en vigor de la Ley.—Se considerará que sus preceptos comenzarán a regir desde la finalización del plazo que, con carácter general, establece el artículo 1.º del C. c., salvo aquéllos que específicamente tengan señalada otra fecha para su vigencia. Sin embargo, tratándose de fincas no más extensas de doscientas áreas, queda diferida hasta 1 de octubre de 1956 la obligatoriedad de las disposiciones sobre acceso y enervamiento de éste. Se computa como cuatro áreas cada una de las que fueren de regadío (Disp. final del D.).

b) Entrega de la finca al arrendador para su cultivo directo y personal. La notificación que establece el art. 2, párrafo 1.º de la Ley, cuando se hiciera dentro de los últimos seis meses del año agrícola, permite al colono permanecer en el predio hasta la finalización del año siguiente. Toda notificación que no se refiera al final del año agrícola en curso o al siguiente, en su caso, carecerá de eficacia (art. 2, párrafos 3.º y 4.º).

La fecha de la notificación únicamente (no vale el ejercicio de la acción ante los Tribunales siquiera) determinará la prioridad entre la exigencia

(1) Véase AIX. t. VII, fasc. IV, págs. 1203 y ss

de entrega para cultivo personal y directo y el anuncio del propósito de acceso (2) (art. 3).

c) *Acceso a la propiedad.*

En la notificación que lo anuncie deberá notificarse si se opta por el sistema de notificación (3) o prefiere la tasación contradictoria (4). No será necesaria la opción si el arrendador le notificase anteriormente que renuncia a enervar el acceso y opta por la tasación.

Si la notificación del colono fuera dentro de los dos años siguientes a la publicación de la Ley y optase por la capitalización, el arrendador podrá renunciar su derecho a enervar el acceso o interponer la tasación contradictoria. Esta renuncia habrá de notificarse notarialmente en el plazo de treinta días siguientes al aviso de acceder (art. 5).

El pago se efectuará en el plazo de tres meses, si hay acceso entre las partes. En otro caso deberá consignarse en el Juzgado el precio que resulte de la capitalización.

Este plazo comenzará a partir de que el propietario consintiese el acceso, para lo cual se le concede un mes, o, caso de silencio, por el mismo trascurso de dicho mes.

Si hay renuncia anterior del propietario a enervar el acceso, el plazo de tres meses comenzará desde la notificación anunciándolo.

Hecha la consignación sin posterior convenio, el colono deberá, en el plazo del mes siguiente, presentar la correspondiente demanda acompañada del testimonio de la consignación.

El juicio se ajustará al procedimiento que en este mismo Derecho se establece y el precio se abonará en el plazo de los dos meses siguientes a la sentencia firme que recaiga fijándolo (art. 6.º).

Frente al derecho de acceso no prevalecerá ningún retracto legal o convencional, salvo el gentilicio en los territorios forales que lo tengan establecido. Pero el pariente que retraiga deberá abonar, no sólo cuanto señala el artículo 1.518 C. c., sino también la indemnización que hubiere debido el arrendador al colono caso de enervar el acceso.

También podrá subrogarse los parientes con derecho a retracto gentilicio en el derecho de enunciar, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la Ley, a enervar el acceso, exigiendo, en cambio, la tasación contradictoria y no por capitalización (art. 9.º del Decreto en relación con el artículo 5.º de la Ley) (5).

d) *Liberación del acceso y del arriendo.*

El arrendador que no hubiese renunciado a enervar el acceso pretendido u oponerse en el plazo de un mes siguiente a la notificación del colono. Caso de silencio se presume la renuncia del derecho a enervar (art. 10).

(2) Caso de notificaciones simultáneas prevalece la de entrega para cultivo directo y personal.

(3) Artículo 3, párrafo 1.º de la Ley.

(4) Artículo 5, párrafo 2.º de la Ley.

(5) El art. 11, c), de la Ley dispone que se armonizasen los derechos concedidos por las legislaciones forales a los parientes con los plazos establecidos. Es curioso que el legislador protege el retracto gentilicio que había sido prescrito en el C. c.

La cantidad abonable en concepto de indemnización establecida en el artículo 3.º, párrafo 3.º de la Ley, será la siguiente:

1. 50, 45 ó 40 por 100 de lo que el arrendatario hubiese pagado caso de acceso, según que respectivamente se trate de fincas de regadío, enclavadas en zonas húmedas o de secano, si él colono ejercita el acceso en el primer año de prórroga ordinaria.

2. 25 por 100: 1.º Si el arrendador no tuviere ingresos superiores al precio de tasa de 40 quintales métricos de trigo: 2.º Si en la finca hay edificios habitables que se hubiere reservado el propietario, y en cuanto se refiere a parcelas que linden directamente con el edificio.

3. Una cantidad variable que resulta de la siguiente operación: 1.º Se divide el 25, 20 ó 15 por 100 de la cantidad que deba satisfacerse para la adquisición de la finca (6) por el número de años de prórroga que según el artículo 1.º de la Ley correspondiese al arriendo; 2.º Este cociente se multiplica por el número de años que vayan pasando sin contar el primero; 3.º Por último el producto se resta del 50, 45 ó 40 por 100 de que trate el apartado anterior (art. 12).

Caso de no existir conformidad respecto al abono de la indemnización el propietario presentará la oportuna demanda en el plazo de tres meses, siguientes a la notificación y, una vez recaída sentencia firme, la abonará al colono en los tres meses finales del último de los dos años agrícolas que se le conceden para el abandono del predio.

Si al transcurrir los dos años no hubiere recaído sentencia firme, el propietario consignará en el Juzgado que haya conocido el asunto en primera instancia y dentro de los tres últimos meses indicados el 50 por 100 de capitalizar la renta al 2 por 100 (7). El colono abandonará la finca previa entrega de la mitad de esta cantidad sin perjuicio de que en su día se le complete la indemnización que corresponda (art. 13).

e) Sanciones.—Si no se abonasen o consignasen oportunamente el precio del acceso o la indemnización de su enervamiento, decaerán los respectivos derechos, quedando liberada la propiedad en el primer caso y pudiendo volver a ejercitar el acceso en el plazo de tres meses si se tratase de indemnización no abonada o consignada. Además procederá la devolución de las costas procesales que se hubieren causado en los juicios planteados (artículos 8 y 14).

f) Normas procesales:

1. Competencia.—En el caso de que entre en juego el art. 5 de la Ley (8), cualquiera que sea la cuantía, conocerá el Juez de Primera Instancia competente por razón del lugar.

2. Procedimiento.—El establecido en la norma 3.ª, disp. transit. 3.ª, A), de la Ley de 28 de junio de 1940. Pero se introducen modificaciones cuando entre en juego el artículo 5 de la Ley (9). Para este caso cabe el recurso

(6) Según se trate de fincas de regadío enclavadas en zonas húmedas o de secano.

(7) Artículo 3, párrafo 1.º de la Ley.

(8) Sobre tasaciones contradictorias.

(9) Mayor celeridad: se abrevian los plazos para contestar (ocho días) y sentenciar (tres días). Mayor oficialidad y mayor concentración (las cuestiones incidentales se resuelven en la misma sentencia definitiva).

de apelación de la Ley de 1940, si la cuantía excede de 100.000 pesetas, y el de revisión ante la Sala V, si la cuantía excede de 300.000 pesetas (artículos 17, 18, 19 y 22).

El valor de la finca que se señale en primera instancia servirá como cuantía litigiosa (art. 20).

B. OBSERVACIONES: Aunque es de la naturaleza de los reglamentos el ser casuísticos, debe ser aspiración de cualquier disposición legal el ser clara y precisa. En el presente Decreto todo es complicado: se impone con carácter excluyente un sistema de notificaciones previas a cada acto, se hace una evaluación complicadísima de la indemnización para caso de enervar el acceso y, por último, se subdivide el procedimiento en dos modalidades, según la materia sobre que verse.

Por último, aunque no se diga explícitamente, puede deducirse claramente a sensu contrario del artículo 4.º del Decreto (10), que como anotábamos en nuestras observaciones a la Ley, no existe posibilidad de acceso una vez terminada la prórroga ordinaria. (J. A.).

2. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: *Se dan normas para la aplicación del artículo 1.º, Ley 15 julio 1954 (1) (Orden de Justicia y Agricultura 12 enero 1955; B. O. 22).*

A. EXPOSICIÓN: Los contratos de arriendo, anteriores a 1 de agosto de 1942, que actualmente se hallen subsistentes, y cuyo canon se hubiese fijado en especie distinta del trigo, quedarán sujetos a los procesos de la citada Ley cuando el colono viniere explotando la finca en cultivo directo y personal y la conversión a trigo de la renta pactada diere un resultado que no sea superior a 40 quintales métricos de dicho cereal.

Se efectuarán las siguientes operaciones para la conversión: 1.º Reducción del canon primitivo a numerario, según el precio de tasa que la especie pactada tuviere en 1 de julio de 1939, si el contrato fuere anterior a este día; 1 de julio de 1940 para los celebrados en el año inmediatamente anterior a este día, y en 1 de julio de 1941 para los concertados a partir de 1 de julio de 1940. Si la especie no se sujetare a tasa, se tomará el precio del mercado a esas fechas.

2.º La cantidad que resulte se convertirá en trigo, según las normas establecidas en el párrafo 2.º, artículo 3.º, Ley de 23 de julio de 1942 (2).

La cantidad que resulte en quintales (3) experimentará un incremento del 10 por 100 anual a partir de la prórroga fijada en el artículo 1.º de la Ley de 15 de julio de 1954, hasta alcanzar el límite máximo del 50 por 100 de aumento. Con arreglo a la disposición adicional 2.º del Decreto de 17 de diciembre de 1954 (4) no habrá ningún aumento si se hace

(10) En él se dice que el colono «podrá, durante todo el plazo de prórroga establecido en el párrafo primero del artículo primero de la Ley... ejercitar el derecho de acceso...»

(1) Véase ADC, t. VII, fasc. IV, págs. 1203 y ss.

(2) Según esta disposición, los Qms. correspondientes se obtendrán dividiendo la cantidad en pesetas por 50, 67 u 84, según que los contratos se concertasen antes de 1 de julio de 1939, de este día a 1 de julio de 1940 o con posterioridad a esta fecha.

(3) Que habrá de ser igual o inferior a 40 quintales métricos.

(4) Véase inmediatamente antes.

uso por el arrendador del derecho de revisión establecido en el artículo 7.º de la Ley de 15 de marzo de 1935.

Si no hay acuerdo entre las partes, podrán acudir al Juzgado competente usando el procedimiento establecido en la disposición transitoria 3.ª, A), Ley de 28 de junio de 1940.

B. OBSERVACIONES: Se da cumplido desarrollo al artículo 1.º de la Ley de 15 de julio de 1954 en cuanto se refiere a arrendamientos pactados con canon en especie que no sea trigo. Es elogiable la claridad con que está redactada, que no deja lugar a dudas y remite exactamente a las disposiciones de superior rango, adaptándose perfectamente a las directrices impuestas por éstas. (J. A.)

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: *Se prorroga el plazo para adaptación de los estatutos sociales hasta el día 31 de junio de 1955 y se declara de aplicación a estas sociedades lo dispuesto en el Decreto-Ley de 5 de febrero (1) de 1954 sobre tercera convocatoria en Sociedades Anónimas (Decreto-Ley de 23 diciembre 1954; B. O. del 30).*

A. EXPOSICIÓN: El plazo de un año para la adaptación de los estatutos que fijó la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 17 de julio de 1953 fué ampliado hasta el 31 de diciembre de 1954 por el Decreto-ley de 25 de junio de 1954, y ahora es nuevamente ampliado hasta el 31 de julio de 1955.

El artículo 2.º declara de aplicación a las Sociedades de Responsabilidad Limitada lo dispuesto en el Decreto-ley de 5 de febrero de 1954 (2) sobre tercera convocatoria en las sociedades anónimas para llevar a cabo la adaptación de los estatutos, «sin limitación de número de socios y capital que representen, para tomar acuerdos sobre el cumplimiento de la obligación de adaptación de escrituras».

B. OBSERVACIONES: La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada exige para modificar en cualquier forma la escritura social que voten en favor del acuerdo un número de socios que representen, al menos, la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital social, bastando en segunda convocatoria las dos terceras partes de dicho capital (art. 17), conforme a lo establecido en el Decreto de 5 de febrero de 1954, ahora aplicable a estas sociedades, después de dos convocatorias, a las que no concurren socios en número suficiente, bastará que en la tercera los accionistas concurrentes a la Junta, cualquiera que sea su número y el capital que representen, decidan por mayoría la adaptación. (R. L.)

(1) Erróneamente el artículo 2.º dice «veinticinco», aunque en el Preámbulo se dice «cinco».

(2) Véase ADC, t. VII, fasc. III, pág. 889.

2. **SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:** *Se declaran aplicables a las Sociedades Navieras que adopten esta forma social las limitaciones que establecían los Decretos de 13 junio 1916 y 23 mayo 1947 (Decreto de la Presidencia del Gobierno 10 agosto de 1954; B. O. 12 septiembre).*

A. **EXPOSICIÓN:** El artículo primero declara obligatorio para las Sociedades Navieras de Responsabilidad Limitada lo dispuesto en los artículos 4.º y 5.º del Decreto de 13 de junio de 1916.

El artículo 2.º exige la autorización de la Subsecretaría de la Marina Mercante, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de 23 de mayo de 1947 (¿?), para la transferencia de participaciones sociales.

B. **OBSERVACIONES:** El artículo 4.º del Decreto de 13 de junio de 1916 dice que de toda transferencia de acciones de las sociedades anónimas navieras se dará cuenta a la Dirección General de Comercio, Industria y Trabajo (hoy Subsecretaría de la Marina Mercante), y mientras ésta no acuse recibo de la comunicación, no será la venta definitiva ni surtirá efectos contra terceros.

El artículo 5.º del mismo Decreto dice que la proporción de accionistas extranjeros en las sociedades anónimas navieras no podrá ser superior al 25 por 100 del capital social, y que la Dirección General de Comercio, Industria y Trabajo denegará toda transferencia de acciones a favor de extranjeros, pasando de la referida proporción. (A. P.)

3. **ENTIDADES ASEGURADORAS: RÉGIMEN JURÍDICO:** *Se dicta una nueva ordenación de los Seguros Privados, dando reglas especiales sobre la constitución, funcionamiento, intervención e inspección del Estado en las Sociedades Anónimas y Asociaciones Mutuas que practiquen operaciones de Seguro y Reaseguro.*

CONTRATACIÓN DE SEGUROS: *Se expresan las operaciones prohibidas a las entidades aseguradoras y la intervención administrativa en bases técnicas, tarifas, pólizas y contratos que se utilicen por aquellas entidades (Ley 16 diciembre 1954; B. O. día 19).*

A. **EXPOSICIÓN: I. Régimen jurídico.**

Estaba constituido fundamentalmente por la Ley de 14 de marzo de 1908 y el Reglamento correspondiente de 2 de febrero de 1912. La primera, que posteriormente había sido modificada por numerosas disposiciones (1), queda derogada expresa y particularmente, junto a cuantas leyes se opongan a la presente (art. 51).

En cuanto al Reglamento, por el contrario, subsiste hasta que se publique el que se dicte para la aplicación de esta ley, y en lo que no se oponga a sus preceptos (disposición transitoria décima).

Igualmente, en tanto no se dicten disposiciones normativas del Reaseguro, éste seguirá rigiéndose por la legislación actualmente en vigor (disposición transitoria novena).

(1) Son de citar, entre otras muchas, las leyes de 18 de marzo de 1944 y 20 de diciembre de 1952 y, anteriormente, los Decretos-Leyes de 18 de febrero de 1927 y 5 de enero de 1929 como más importantes.

II. Ambito de la Ley.

1. Ambito material.—«Quedan sometidas a los preceptos de esta Ley las entidades que practiquen operaciones de seguro y reaseguro privados en sus distintas modalidades; estas operaciones sólo podrán realizarse por sociedades anónimas o asociaciones mutuas que se hallen constituidas legalmente, sean españolas o extranjeras» (art. 1.º).

Por el contrario, quedan excluidos del alcance de la Ley el Instituto Nacional de Previsión, las Instituciones de Previsión Laboral encuadradas en el servicio de Mutualidades Laborales, los Montepios y Mutualidades obligatorios y los libres acogidos a la Ley de 6 de diciembre de 1941 (artículo 2.º).

2. Ambito temporal.—Tienen interés las disposiciones transitorias en lo referente a la constitución de capitales, depósitos y reservas. Rige, en general, el principio de la irretroactividad, ya que las entidades que actualmente están inscritas en el Registro que estableció el artículo 1.º de la Ley de 1908, así como en el índice de las exceptuadas, según el número 2 del artículo 3.º de la misma, podrán seguir operando con los capitales y depósitos que tengan autorizados, en tanto no se amplíen sus actividades (disposición transitoria 1.º. Véase también disposiciones transitorias 2.º, 3.º y 4.º).

Pero al mismo tiempo se autoriza al Gobierno para disponer por decreto, cuando las circunstancias lo aconsejen, el aumento de los depósitos constituidos por las sociedades aseguradoras antes de la promulgación de la presente Ley hasta las cifras que se señalan en el artículo 7.º, concediendo a dichas sociedades un plazo no inferior a cinco años para realizar el aumento de forma progresiva y escalonada (disposición transitoria 1.º, *in fine*). Véase también disposición transitoria 7.º).

Por último, todas las entidades sometidas a esta Ley y que acrediten ante la Dirección General de Seguros hallarse en funcionamiento antes del 6 de octubre de 1954, podrá solicitar la inscripción en el plazo de un año, acogiéndose al régimen de capitales y depósitos vigente hasta la publicación de esta Ley (disposición transitoria 5.º).

III. Entidades aseguradoras.

1. Requisitos legales para realizar operaciones de seguros.

A) Requisitos previos.—Son la autorización del Ministerio de Hacienda y la subsiguiente inscripción en el Registro especial que existe al efecto en la Dirección General de Seguros (art. 3.º).

Para conseguir dichas autorización e inscripción deberán reunirse los siguientes requisitos:

- a) Entidades españolas:
- a') Sociedades anónimas:

1. Documentos.—Deberán presentar copia auténtica de la escritura de constitución, estatutos, bases técnicas, tarifas, pólizas, contratos que se propongan utilizar en las operaciones, testimonio notarial de los asientos de sus libros de contabilidad acreditativos de la suscripción y desembolsos del

capital social y constitución de los depósitos que se expresarán más adelante (art. 4.º).

2. Capital y desembolsos.—a") Un millón de pesetas, con desembolso mínimo del 50 por 100, para los ramos de enterramiento y enfermedades o asistencia sanitaria, siempre que limiten las garantías a 20.000 pesetas como subsidio, 10.000 como indemnización por intervención quirúrgica, 5.000 en caso de invalidez y 2.500 en caso de defunción.

b") Tres millones de pesetas, con desembolso mínimo del 50 por 100, cuando hayan de operar en los ramos anteriormente citados, sin más limitación que la de 5.000 pesetas en caso de fallecimiento. Igual capital suscrito y desembolsado para los ramos de cristales, pedrisco y robo o vida de ganado.

c") Veinticinco millones de pesetas, con un desembolso mínimo del 50 por 100, cuando soliciten operar en todos los ramos de seguros o en cualquier otro distinto de los señalados o en los reaseguros (art. 6.º).

3. Depósitos.—Deberán constituirse en el Banco de España o en la Caja General de Depósitos en la cuantía siguiente:

a") Doscientas mil pesetas para los casos del apartado a") del artículo anterior.

b") Seiscientas mil pesetas para los casos del apartado b").

c") Cinco millones de pesetas para los casos del apartado c") (artículo 7.º).

b') Mutualidades:

A los efectos de esta Ley, serán consideradas como tales las que reúnan las siguientes condiciones:

1) Que cuenten con un mínimo de 25 asociados. 2) Que la personalidad colectiva y mancomunada de los asociados sea la entidad aseguradora. 3) Que la operación de seguro no sea objeto de industria para la entidad. 4) Igualdad de derechos y obligaciones de todos los asociados. 5) Ser únicamente asegurados o contratantes con dicha personalidad colectiva los mismos aseguradores. 6) Que las funciones sociales sean ejercidas por un organismo representativo y amovible, emanado de la voluntad colectiva de los mutualistas (art. 12).

Documentos.—Copia auténtica del acta o documento público, estatutos, bases técnicas, tarifas y pólizas y constitución de los depósitos exigidos por la Ley (art. 4.º).

El artículo 13 detalla los requisitos que deben reunir los Estatutos de las Mutualidades.

Depósitos.—Si limitan su radio de acción a una sola provincia o a un término municipal de censo superior a 100.000 habitantes, el depósito será el del 10 por 100 de los establecidos anteriormente. Si se trata de término municipal de menos de 100.000 habitantes el depósito será sólo del 1 por 100 (artículo 7.º).

Capacidad jurídica.—El artículo 13 dice que estas Mutualidades tendrán plena capacidad jurídica, pero el artículo 14, en su apartado f), prohíbe que las entidades aseguradoras realicen cualquier industria o negocio distinto del de seguros.

b) Entidades extranjeras:

1. Documentos.—Además de los señalados en el artículo 4.º, en general, deberán presentar los que determina el artículo 5.º

2. Capital y depósitos.—«Las entidades extranjeras que se propongan operar en España deberán tener en su país capitales equivalentes, como mínimo, a los exigidos a los españoles en esta Ley, constituir iguales depósitos y, además, justificar haber situado también en España la cantidad de dos millones de pesetas destinadas a las atenciones de carácter general» (artículo 8.º).

3. Condición de reciprocidad.—«Cuando en los países de origen de las entidades extranjeras solicitantes (de la inscripción) se exija a los españoles mayor depósito que a las nacionales, el Ministerio de Hacienda, a propuesta de la Dirección General de Seguros y Ahorro, podrá elevar proporcionalmente los depósitos que deban constituir aquellas entidades» (art. 5.º).

4. Beneficio en favor de las entidades ya inscritas.—«Las delegaciones de entidades de seguros extranjeras actualmente inscritas en el Registro especial podrán continuar operando en el mercado nacional, aun cuando su naturaleza jurídica sea distinta de la señalada por el artículo 1.º de esta Ley» (artículo adicional 1.º).

B) Requisitos de publicidad.—Las entidades de seguros deberán llevar, además de los libros exigidos por el Código de comercio, los especiales que reglamentariamente se determinen (art. 18).

El artículo 19 determina los datos y documentos que las entidades aseguradoras deberán remitir a la Dirección General de Seguros o publicar en el «Boletín Oficial del Estado» y el de Seguros, según los casos, remitiéndose al Reglamento en cuanto a forma y plazos.

«Las entidades aseguradoras podrán dar a la publicidad cuantos datos e información juzguen de interés para la expansión de sus operaciones, previa remisión a la Dirección General de Seguros del texto que se propongan emplear» (art. 20).

C) Garantías.—La obligación por parte de las entidades aseguradoras de constituir, además de las reservas legales y estatutarias, las siguientes reservas técnicas:

a) Matemáticas para seguros sobre la vida.

b) De riesgos en curso para los demás ramos de seguro.

c) Para siniestros, capitales vencidos, rentas o beneficios de los asegurados pendientes de liquidación o pago.

Todas estas reservas estarán en poder del asegurador directo, quien quedará obligado a justificar su importe y cobertura, sin que sea admisible deducción alguna por reaseguro. Para cada ramo se constituirán separadamente las reservas establecidas en este artículo.

Los bienes que se hallen invertidos en dichas reservas estarán exentos de toda contribución que no sea la general que corresponda a cada uno de los bienes que puedan integrarlas (art. 21).

La totalidad de las reservas tendrá que constituirse íntegramente en España, y estarán invertidas en la forma siguiente:

a) El 60 por 100 de las señaladas en los apartados a) y b) del artículo

anterior, deducida la suma de los anticipos sobre pólizas, habrá de estar depositado en la Caja General de Depósitos o en el Banco de España, a disposición del Ministerio de Hacienda. La mitad de este depósito, como mínimo, estará necesariamente invertida en valores públicos del Estado español, domiciliados en España, y el resto, en valores industriales o comerciales españoles de los incluidos en la lista cuya redacción, aprobación y publicación determinará el Reglamento.

b) El otro 40 por 100 de las reservas definidas en los apartados a) y b) más la totalidad de las del apartado c) del artículo precedente, habrán de estar cubiertas por efectivos en Caja y Bancos, acciones y obligaciones, préstamos sobre valores inmuebles, hipotecas, propiedades forestales y cualquiera otra clase de inversiones, sin más limitación que la que establezca el Reglamento (art. 22).

Todo lo precedente afecta también a las entidades de reaseguros.

2. Fusión de entidades aseguradoras:

A) Sociedades españolas:

a) Procedimiento.—La fusión de las sociedades de seguros se realizara de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, pero con anterioridad al acuerdo de fusión, se requerirá la aprobación de la Dirección General de Seguros, oída la Junta consultiva. Con anterioridad a esta decisión, el Centro directivo decretará una visita de inspección a todas y cada una de las sociedades participantes en la fusión de que se trate, y concederá un plazo de tres meses para que los asegurados disconformes con la fusión lo hagan constar así ante la Dirección General de Seguros (art. 24).

b) Capital y depósitos.—«La compañía originada por fusión tendrá que constituir los depósitos de garantía que correspondan a todos los demás ramos resultantes de aquélla, y su capital no podrá ser inferior al de la entidad que lo tuviera mayor de las fusionadas (art. 25).

B) Sociedades extranjeras:

«La fusión de sociedades extranjeras, acordada en los países de origen, será autorizada por la Dirección General de Seguros y Ahorro, cuando se justifique debidamente haberse realizado con arreglo a las leyes del país de que se trate. A los asegurados españoles les serán de aplicación las normas contenidas en el presente título» (art. 26).

C) Beneficio fiscal:

La disposición transitoria octava exime del pago de los impuestos que gravan la fusión, absorción o transformación de sociedades a las entidades aseguradoras que realicen alguna de estas operaciones al amparo de la presente Ley, y en un plazo de cinco años, a partir de la publicación de la misma.

3. Cesión de carteras.

a) Sociedades anónimas.—Podrán transferir las carteras de todos o de alguno de sus ramos a otras entidades, siempre que éstas se hallen auto-

rizadas para operar en los ramos cedidos. La Dirección General de Seguros autorizará o denegará la cesión en el plazo de tres meses, computados desde la fecha en que las sociedades interesadas le notificasen el acuerdo de cesión, acompañando memoria, balance y cuenta de pérdidas y ganancias.

A la decisión del Centro directivo procederá las correspondientes visitas de inspección. Los asegurados que no estuvieran conformes con la cesión gozarán de los mismos derechos establecidos en el artículo 24 para los casos de fusión (art. 27).

b) **Mutualidades.**—Podrán fusionarse entre sí o ser absorbidas por sociedades anónimas y ceder y aceptar sus carteras entre sí, e incluso con dichas sociedades anónimas, o transformarse en entidades de este tipo. Todo ello mediante acuerdo de su Junta general y ajustándose en la tramitación de estas operaciones al procedimiento señalado en esta Ley para las sociedades anónimas, en lo que sea aplicable (art. 29).

4. Disolución y liquidación.

Las entidades de seguros y reaseguros se disolverán en los casos siguientes:

1) Cuando las sociedades anónimas hayan perdido la mitad de su capital suscrito.

2) Por cumplimiento del término fijado en los Estatutos o Reglamentos sociales.

3) Por imposibilidad manifiesta en cumplir el fin social.

4) Por la fusión o absorción previstas en el título III de esta Ley.

5) Por acuerdo de la Asamblea o Junta general extraordinaria.

6) En caso de liquidación forzosa, decretada con arreglo al artículo 47 de esta Ley.

7) Por cualquier otra causa establecida en sus Estatutos o Reglamento (artículo 41).

Una vez firme el acuerdo de disolución, se procederá seguidamente a la liquidación, salvo en los casos de fusión o transformación. La Dirección General de Seguros, una vez concluidas las operaciones liquidatorias, propondrá al Ministro de Hacienda la eliminación en el Registro especial de la entidad de que se trate, lo cual se llevará a efecto por orden ministerial. Hasta este momento, las entidades sometidas a liquidación conservarán su personalidad jurídica (arts. 42 a 44).

IV. Contratación de seguros.

Sólo tangencialmente afecta la presente ley al contrato de seguros en sí. Sin embargo, podemos citar algunos preceptos de interés en este aspecto:

1. **Operaciones prohibidas.**—Las enumera el artículo 14, a saber:

a) Las de los sistemas «tontino» y «chatelusiano» (1).

(1) El artículo 42 del Reglamento de 2 febrero de 1912 definió a las asociaciones tontinas y chatelusianas como «las formadas para practicar el ahorro sobre la base de mutualidad y con la condición de perder sus asociados, en caso de fallecimiento o baja voluntaria o forzosa conforme a estatutos, todo de

- b) Aquellas privativas de los consorcios de compensación.
- c) Los seguros para caso de muerte, para menores de catorce años.
- d) Las operaciones de seguros con participación de los asegurados en los beneficios del asegurador, cuando no se asigne anualmente a cada póliza el importe que le corresponde en el respectivo ejercicio.
- e) Las relativas a ramos distintos de los autorizados a cada entidad.
- f) Cualquier industria o negocio distinto de los de seguros.
- g) La contratación de seguros en moneda extranjera, salvo los que autorice el Ministerio de Hacienda.

2. Intervención administrativa.—Las entidades aseguradoras están obligadas—para ser autorizadas a operar en el ramo—a presentar en el Registro especial «las bases técnicas, tarifas, pólizas y contratos que se propongan utilizar en sus operaciones (art. 4.º, 3.º). La existencia en las pólizas o contratos de condiciones ilegales, ambiguas o lesivas para los asegurados, así como las tarifas, tablas de mortalidad y demás bases de cálculo carente de la garantía suficiente para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, son causas de denegación de la autorización y subsiguiente inscripción en el Registro (art. 10, núms. 4.º y 5.º).

3. Exención fiscal.—«Gozarán de exención del impuesto de Derechos reales la percepción de los capitales que hayan de satisfacer las entidades aseguradoras por razón de los contratos de seguro sobre la vida humana» (artículo adicional 1.º).

V. Intervención en la Administración:

1. Autorización e inscripción.—Ya queda dicho que son requisitos previos de comienzo de sus operaciones por las entidades sometidas a la Ley la autorización del Ministro de Hacienda y subsiguiente inscripción en el Registro especial que existe al efecto en la Dirección General de Seguros (artículo 3.º).

En este punto véase esta misma exposición, apartado III, número 1.

Causas de denegación de la autorización e inscripción.—Se indican en el artículo 10; sobre algunas de ellas de especial interés, «vide supra» IV, 2, los casos números 4.º y 5.º de este artículo.

Recursos.—«La solicitud de autorización e inscripción será resuelta en el plazo de tres meses, desde la presentación de la documentación completa. Si la autorización se denegase, se entenderá apurada la vía gubernativa y podrá recurrirse ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 9.º).

Pero la naturaleza de alguna causa de denegación excluye la posibilidad del recurso contencioso-administrativo. Así, el caso número 6 del artículo 10 («Tratándose de compañías extranjeras, cuando así lo aconsejen las circunstancias del caso, previos los informes de los organismos competentes»).

recho a participar en el capital o renta que llegue a reunirse con el ahorro de todos. Cuando las cuotas o aportaciones de los asociados se acumulen con sus intereses para ser distribuidas en fecha fija a los sobrevivientes, pertenecen a las clases de asociaciones tontinas. Cuando el capital se conserva y acrece indefinidamente con las aportaciones nuevas, y sólo se distribuye la renta a los que cumplan determinadas condiciones, se llaman *chatelusianas*».

Registro especial.—Se llevará en la Dirección General de Seguros, y constará de dos libros independientes, en los que se inscribirán, respectivamente, las entidades comprendidas en esta Ley y las entidades en liquidación (art. 16). En la hoja de inscripción de cada entidad se anotarán los datos que en este artículo se citan.

Este Registro especial tendrá carácter público (art. 17).

2. Fusión y cesión.—Respecto a las atribuciones de la Dirección General de Seguros en estos casos, «vide infra» III, 2 y 3.

3. Disolución y liquidación.—Véase III, 4.

4. Intervención directa.—Las entidades sometidas a los preceptos de esta Ley, podrán ser intervenidas administrativamente, o bien a petición propia, siempre que la Dirección General de Seguros lo estime pertinente, o bien por aplicación de las sanciones previstas en el artículo siguiente (art. 46).

5. Sanciones.—El artículo 47 enumera las sanciones en que puedan incurrir las entidades de seguros por infracción de preceptos de esta Ley o incumplimiento de las órdenes emanadas de la Dirección General de Seguros. Se incluyen, entre otras, el apercibimiento, la multa, suspensión temporal, intervención y liquidación forzosas.

6. Organos.—La Dirección General de Seguros y Ahorro del Ministerio de Hacienda, la Junta Consultiva para asesoramiento del Ministro y el Director general y la Inspección de la Dirección General de Seguros (artículos 30 a 40 de la Ley).

VI. Jurisdicción competente.

«Las cuestiones litigiosas que puedan suscitar los contratos de seguros sujetos a esta Ley serán sometidos a la jurisdicción española, sin que sea válido pacto en contrario (1). El Tribunal Arbitral de Seguros podrá pronunciarse con carácter puramente informativo en cuantas reclamaciones sobre interpretación de las pólizas de seguros le sean sometidas de comur acuerdo por asegurados y aseguradores» (art. 50) (2).

B. OBSERVACIONES: 1. Se dicta la presente Ley para adaptar los viejos principios de la Ley de 1908 a las necesidades actuales, así como para mantener «la política perseguida por el Ministerio de Hacienda de estimular el ahorro, dando mayor ensanchamiento a nuestro mercado de capitales». Tal intención de estimar el ahorro se revela de modo especialismo en la exención del impuesto de Derechos reales de la percepción de los capitales a cobrar por razón de seguros de vida. Pero ¿no constituirá un estímulo excesivo tal exención en cuanto pudiese, eventualmente, retraer la transmisión de capitales por testamento que no goza de la desgravación?

2. Siendo la materia de seguros una de las que con mayor relieve acusan «la quiebra del sistema liberal en la contratación y la consiguiente

(1) Sometimiento e invalidez de pacto en contrario que es obvio y no sería preciso indicar expresamente, toda vez que obedece a un principio general del Derecho procesal y a la naturaleza de la jurisdicción (v. art. 51 LEC). La Jurisdicción, como tal, es improporogable y se excluye siempre la sumisión a Tribunales extranjeros de litigios que privativamente corresponderían a la Jurisdicción española, como se venía a decir en sentencia del T. S. en 20 noviembre de 1904. (Vid. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, pág. 298.)

(2) Sobre reclamaciones ante dicho Tribunal, véase su Reglamento publicado por Orden de Hacienda de 10 de agosto de 1953 (ADC. VII, 1, pág. 231-232).

sobreordenación de la voluntad del Estado a la voluntad privada» (3), no es de extrañar el notable matiz intervencionista de esta Ley, aunque su exposición de motivos recalque que, con respecto a la legislación anterior, la que ahora entra en vigor supone un criterio más amplio, «al retraer en parte la intervención del Estado y dejar a la iniciativa privada margen suficiente para que se revele el espíritu de empresa que ampara el Fuero de los españoles».

3. Aspecto de interés—y uno de los más elogiados—en la presente Ley es el de la ampliación del campo de inversiones posibles de realización con las cantidades correspondientes a las reservas técnicas. Con arreglo al sistema hasta ahora vigente, los bienes en que dichas reservas podían materializarse eran exclusivamente inmuebles y valores de renta fija. La nueva Ley incluye acciones de sociedades y bienes inmuebles de carácter forestal. Con ello se pretende que las sociedades de seguros «se interesen en el restablecimiento, desarrollo e incremento de la riqueza forestal del país y acudan al mercado de capitales». Pero—como también se hizo antes—no todos los valores de esta clase podrán integrar reservas, sino que, con el fin de evitar especulaciones, corresponderá a las disposiciones reglamentarias concretar en cuáles de dichos valores podrán invertirse las reservas matemáticas y de riesgos en curso.

4. Los artículos 24 y 27, respecto a la fusión de entidades aseguradoras y cesión de sus carteras, respectivamente, conceden a los asegurados el simple derecho a manifestar su disconformidad con estas operaciones. Preceptos, sin duda, poco expresivos e insuficientes en la consideración de los derechos de los asegurados. Ello resalta, sobre todo, respecto a la cesión de cartera, que constituye un claro ejemplo de novación subjetiva de obligaciones por cambio del deudor. Con arreglo al artículo 1.205 del Código civil, tal novación no podrá hacerse sin consentimiento del acreedor (los asegurados, en este caso). Además el artículo 2.º del Real Decreto de 17 de marzo de 1922 facultaba a los asegurados para rescindir sus contratos en caso de que el asegurador traspasase los contratos de seguro a otra empresa (4). Tal derecho constituye una garantía fundamental a favor de los asegurados, que parece conservarán, pese a la omisión de la presente Ley.

5. Entre las causas de disolución de las entidades de seguros, el artículo 41 incluye, respecto de las sociedades anónimas, la de haber perdido la mitad de su capital inscrito. Este precepto contrasta con el de la Ley de Sociedades Anónimas en que tal disolución se producirá sólo cuando las pérdidas hayan reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social (art. 150, núm. 3, L. S. A.). La exigencia de conservar una mayor parte de capital en las sociedades anónimas de seguros se explica teniendo en cuenta la especial significación del capital social en estas entidades, puesto que, ante todo, constituye un fondo de garantía y no un capital de explotación (5). (J. L. LL.)

(3) Vid. GARRIGUES, *Instituciones de Derecho mercantil*, págs. 330 y 340.

(4) Véase, sobre el arrendamiento de cartera de seguros, ADC, VII, 3, página 890.

(5) GARRIGUES, op. cit., pag. 426.

DERECHO PROCESAL

1. HECHOS Y ACTOS PROCESALES; REQUISITOS DE TIEMPO; DÍAS HÁBILES: *Se declaran hábiles, a todos los efectos, los días llamados de estero y desestero (Orden de Justicia de 3 diciembre 1954; B. O. del 8).*

La orden que se cita deroga expresamente la de 23 de abril de 1932, que declaró «inhábiles en los Tribunales respectivos los días que en cada caso se fijen por el Presidente del Tribunal Supremo y de la Audiencia» para efectuar el estero y desestero, «que podrán ser dos o tres, según a su prudente juicio, lo estimen necesario». Aunque la L. O. P. J., en el artículo 889, no estableció la inhabilidad de tales días, tenía su fundamento la Orden de 1932 en el artículo 257 de la L. E. C., que declaraba inhábiles los días «en que esté mandado o se mandare que vaquen los Tribunales» (1). Ahora queda derogada y suprimida esta inhabilidad (R. L.).

OTRAS DISPOSICIONES

1. CONTRIBUCIÓN SOBRE LAS UTILIDADES DE LA RIQUEZA MOBILIARIA: *Se introducen reformas en las tres Tarifas (Ley 16 diciembre 1954; B. O. 18).*

A. EXPOSICIÓN: Tarifa 1.º—Genéricamente se eximen las utilidades que no excedan de 12.000 pesetas, y se reducen los tipos impositivos, tanto para las utilidades fijas en cuantía y periódicas en su vencimiento (1), como para las eventuales. Específicamente se eximen los jornales y los haberes de suboficiales y clases de tropa y asimilados. Pasan a tributar por esta tarifa las utilidades provenientes de la propiedad intelectual, cuando el dominio de las obras pertenezca al autor, y también aquí se reduce el tipo de gravamen.

Tarifa 2.º—Se reajustan los tipos que recaen sobre dividendos y participaciones que experimentan un ligerísimo incremento para redondear las cifras; se fija el que grava las utilidades procedentes de capital que no aparecen en la actualidad claramente tarifados y se atribuye a los capitales dados a préstamo, a efectos impositivos, un rendimiento mínimo equivalente al interés legal del dinero, aunque exista pacto expreso de no devengo de intereses, o el estipulado sea superior al interés legal.

Tarifa 3.º—Se autoriza que las empresas individuales, hasta una cierta envergadura (2), puedan sustituir la aplicación de los tipos de esta tarifa por uno equivalente al doble del que resulte por aplicación de los determinados en la Contribución Industrial y de Comercio. Se amplía a seis meses el plazo límite para la presentación de documentos, a fin de armo-

(1) Véase en este sentido GUASP, «Comentarios», tomo 1.º, pág. 723, que cita la sentencia de 17 de marzo de 1869 y el auto de 23 de junio de 1897.

(1) Las dos escalas anteriores quedan ahora unificadas.

(2) Que se determina por tres circunstancias: que no exceda el capital de 100.000 pesetas, que no satisfaga por industrial más de 4.000 pesetas, o que el volumen global de ventas no sea superior a un millón de pesetas.

nizar con la Ley sobre el Régimen Jurídico de las sociedades anónimas de 17 de julio de 1951.

B. OBSERVACIONES: Tarifa 1.ª.—Resulta lógica la inclusión de las utilidades que rinden la propiedad intelectual que permanece en el dominio del autor, ya que son, por su naturaleza, productos del trabajo fundamentalmente.

Tarifa 2.ª.—La norma relativa a la producción necesaria de interés legal como mínimo a los efectos impositivos revela un caso típico en que han de aplicarse presunciones inderogables para evitar la evasión masiva del impuesto. (J. A.)

2. CONTRIBUCIÓN GENERAL SOBRE LA RENTA: *Se modifican y refunden los preceptos que la regulan (Ley 16 diciembre 1954; B. O. 17).*

A. EXPOSICIÓN: a) Determinación de la base.—La estimación de la renta imponible podrá basarse en los signos externos que indiquen la renta consumida o percibida (art. 28, párrafo primero).

b) Tipos de gravamen.—Se exime las rentas que no sean superiores a 100.000 pesetas. Las superiores, con arreglo a una escala cuyo primer escalón es de 100.000,01 a 125.000 pesetas que se grava al tipo de 2,50. Los tipos crecen hasta el 29,85, que recae sobre las rentas comprendidas entre 900.000,01 y 1.000.000 de pesetas. El exceso sobre 1.000.000 de pesetas se grava al 33 por 100 (art. 19, párrafo 1.º).

c) Procedimiento recaudatorio.—Toda persona que tenga alguno de los signos externos declarados en la ley, con las características que reglamentariamente se establezcan, está obligada a presentar declaración (art. 25, c).

d) Se amplían las facultades de los Jurados Central y Provinciales (artículo 31).

e) Se reforma el régimen de penalidades conforme a los preceptos de la Ley de Inspección Tributaria de 20 de diciembre de 1952 (art. 32).

B. OBSERVACIONES: «La imposición sobre la renta constituye una meta en la evolución de los sistemas tributarios en busca de la perfección.» Satisfizo plenamente a la ciencia financiera estableciendo el «equilibrio entre el principio de recaudación y el de justicia tributaria». Alcanzó vigencia positiva en los países más progresivos, como Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, Italia, Francia, etc., y, por otra parte, convención en alto grado las corrientes sociales en boga, que la tomaron como un «instrumento eficaz para la redistribución de la riqueza».

Sin embargo, actualmente no cabe ocultar la crisis de este impuesto, considerado como básico del sistema tributario. El ejemplo más fehaciente lo tenemos en Inglaterra, donde este impuesto es la «columna vertebral del sistema», en que se ha desarrollado paralelamente una vigorosa imposición sobre la circulación y el consumo.

Actualmente se afirma la enmienda doctrinal que preconiza la imposición indirecta y «la etapa que colocó en la cima del edificio financiero a la imposición directa sobre la renta global puede considerarse definitivamente periclitada» (1).

(1) Las frases entre comillas son de JOSÉ MARIA NAHARRO MORA, *Lecciones de Hacienda Pública*, 3.ª ed., 1952, pág. 175.

En España tardó mucho en implantarse, siendo su ley fundacional de 20 de diciembre de 1932. Se estableció con el carácter de impuesto complementario, y no ha dado resultados positivos, a causa de la inmensa ocultación.

La nueva ley se dirige fundamentalmente a conseguir la generalización de esta contribución y, considerando prematuras mayores modificaciones, introduce las que se han reseñado en la parte expositiva y que constituyen las directrices concretas de la ley.

Resaltamos la importante reducción de los tipos de agravamen que antes gravaban las rentas a partir de 60.000 pesetas con tipos desde 7,5 por 100 al 33 por 100 y uno del 44 por 100 para el exceso del millón.

También hay que destacar la vuelta al sistema de los signos externos que había sido suprimido por la Orden 11 de marzo de 1943 sobre estimación de rendimientos mínimos. (J. A.)

3. TIMBRE DEL ESTADO: *Se da nueva regulación (Ley 14 abril 1956; Boletín Oficial 15).*

A. EXPOSICIÓN.—I. Estructura de la Ley y régimen jurídico.

a) Estructura: Libros, títulos capitulos y secciones de la siguiente manera:

Libro Preliminar, que contiene los principios generales.

Libro Primero, que se titula Impuesto del Timbre, con un título preliminar con las disposiciones generales y cuatro títulos sobre documentos públicos, privados, Timbre de publicidad y sobre naipes, rifas y apuestas.

Libro segundo, bajo el epígrafe «Otras aplicaciones del Timbre», que se integra por tres títulos sobre: Documentos administrativos, Documentos y actuaciones jurisdiccionales y Servicios de Correos, Telégrafos y Teléfonos.

Libro Tercero, sobre exacción del Timbre del Estado. Tiene cuatro títulos que se ocupan de: Exenciones y reducciones, Administración del Timbre, Inspección y Responsabilidades y Sanciones.

Por último, tras siete disposiciones transitorias, se insertan los 71 números de que consta la Tarifa general y dos Tarifas especiales.

b) Régimen jurídico.

1. La Ley entrará en vigor en 1.º de enero de 1956, salvo el Capítulo 1.º, título 2.º, Libro III que entrará en vigor al día siguiente de la publicación. (Disposición transitoria 4.º.)

2. Se autoriza al Ministro de Hacienda para la publicación por O. del Reglamento de ejecución que deberá publicarse en el plazo de seis meses contados desde el día siguiente a la aparición de la Ley en el «B. O.» (Disposición transitoria 1.º y 4.º.)

3. Eficacia derogativa. Al la entrada en vigor de la Ley y del Reglamento quedarán derogadas todas las disposiciones anteriores, salvo las que expresamente se mantengan y las referentes a ciertas exenciones o reducciones. (Dispos. transits. 1.º y 2.º.)

II.—Conceptos legales básicos.

a) Objeto (art. 1.º):

1. Grava:

1.º Documentos públicos y privados acreditativos de actos y contratos

por cuya virtud se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos u obligaciones de toda especie.

2.º Documentos de tráfico mercantil y la publicidad en los casos y formas que señala la Ley.

3.º Documentos sobre los demás actos taxativamente especificados.

2. Sirve de medio:

1.º Para realizar el precio de los servicios públicos y recibir las exacciones en que se determine así legalmente.

2.º Para hacer efectivas toda clase de responsabilidades pecuniarias, salvo excepciones.

b) Formas de percepción (art. 4.º):

1.º Papel o documentos timbrados.

2.º Timbrado directo en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.

3.º Timbres móviles.

4.º Máquinas de timbrar.

5.º Ingreso en metálico.

c) Documentos de crédito y giro mercantil no extendidos en el papel timbrado correspondiente o no reintegrados en forma. No deberán admitirse por ninguna oficina pública u organismo judicial, ni por los particulares. En el caso de que fueran aportados ante órganos judiciales carecerán de la fuerza ejecutiva que les asignan las leyes mercantiles y procesales y sólo podrán tener el valor probatorio que, como documentos privados les atribuya la legislación común (art. 19, párrafo 1.º).

d) Creación de nuevos organismos.—La Junta Consultiva, el Jurado Superior y los Jurados provinciales del Timbre (arts. 93-95).

e) Prescripción:

1. Para exigir el Timbre.—Diez años, salvo en los documentos de tráfico mercantil, publicidad y naipes, rifas y apuestas en que el plazo será de cinco años y dejando a salvo aquellos otros casos en que se fije plazo distinto.

2. Para recaudar los descubiertos ya liquidados.—Diez años (1).

III. Tarifas.—En general, no se incrementan notoriamente los tipos de gravamen.

B) OBSERVACIONES.—Es tradicional en nuestro país la inadecuación entre Impuestos del Timbre y Ley del Timbre, reuniendo ésta un conglomerado de disposiciones cuyo objeto, claramente puesto de manifiesto en el artículo 1.º, es, unas veces, la efectiva reglamentación del Impuesto del Timbre, pero también se ocupa del timbre como un procedimiento de efectuar ingresos que pueden estar justificados, ya en la prestación de ciertos servicios públicos, y entonces es una forma de pagar una tasa, ya para hacer efectivas las multas, constituyendo un procedimiento recaudatorio, así como cuando se prescribe su uso para la exacción de ciertos impuestos.

El uso del *sello* arranca de una Pragmática de Felipe IV de 15 de diciembre 1636 en que se usa como tasa judicial y administrativa. Tras sucesivas ampliaciones que no cabe recordar ahora, se llega, como primera ley de estructura análoga a la que deroga a la de 31 de diciembre de 1881. Con pocas modificaciones, los textos anteriormente vigentes eran: la ley de 18 de abril de 1932 y el Reglamento de 29 de abril de 1909.

(1) En lugar del plazo general de quince años que venía rigiendo conforme a la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 (art. 29).

La nueva Ley que ahora se publica puede decirse que constituye una modificación fundamental de la legislación anterior. Pero esta modificación no es tanto de fondo como de forma.

Respecto al primer extremo, el objeto de la ley no ha variado apenas, aunque sí se ha corregido el desmesurado ámbito de los artículos 1.º y 190 de la Ley de 1932.

En cuanto al aspecto normal aparecen fuera de la ley y a continuación de la misma las nuevas tarifas, que así podrán ser modificadas conforme lo exijan las necesidades de cada momento sin tener que alterar los artículos de la ley. Además se autoriza la confección de un nuevo Reglamento que desarrolle los principios de la ley y reúna en un solo texto multitud de disposiciones interpretativas y de aplicación, aparecidas con posterioridad al Reglamento vigente de 29 de abril de 1909.

Presenta el texto que comentamos una limpia y clara sistemática que con notable unidad de criterio va de lo general a lo especial y de lo abstracto a lo concreto. Por otra parte, es plausible la técnica de iniciar cada artículo con un breve epígrafe que dé idea de su contenido.

Por último, aludiremos al precepto contenido en el artículo 19 (2) que determina los efectos de la falta del papel exigido o del reintegro que corresponda. Sustancialmente es idéntico al que contenía el artículo 151 de la ley que se deroga. La nueva redacción generaliza la norma del artículo 144 del texto anterior, sobre no aceptación por los particulares respecto a las letras de cambio y lo refunde en el artículo 151 citado, ofreciendo una redacción más clara y general, situada en el lugar que sistemáticamente le corresponde. (J. A.)

(2) *Supra* II c).

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

«ANALES DE LA ACADEMIA MTRITENSE DEL NOTARIADO» Tomo VIII; 563 páginas. Contiene los once trabajos que a continuación se resumen:

Vallet de Goytisolo, Juan: «La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición»; págs. 9 a 140.

Dos sentencias del Tribunal Supremo, las de 21 de enero de 1922 y 27 de diciembre de 1935—que no forman jurisprudencia por cuanto la última de las citadas no recogió en el fallo la declaración contenida en uno de sus Considerandos—sirven de base al trabajo de Vallet de Goytisolo, en el que mantiene la tesis, contraria a la manifestada en tal forma por el Tribunal Supremo, de la posible y viable existencia de la mejora tácita en nuestro derecho, que aquellas resoluciones habían negado. Enfrente de la casi unánime opinión de los tratadistas posteriores al Código Civil, Sánchez Román, Manresa, Mucius Scaevola, Morell, Lacoste, Clemente de Diego, De Buen, Castán, Romero Vieitez, Hernández González, García Granero, Fuenmayor, el articulista califica como mejoras tácitas, «aquellas que se deducen de la voluntad del causante, sin que éste emplee la palabra «mejora» al donar, legar o instituir herederos», con lo que, desde luego, se destierran las mejoras presuntas, concepto que es distinto y diferente del de mejoras tácitas, que no pierden su esencia por el hecho de que en su ordenación no se haya empleado la voz «mejora», o el verbo «mejorar», en cualquiera de sus tiempos.

Rebate en términos justísimos la doctrina y argumentos dogmático-teológico con que se pretende justificar la abolición de las mejoras tácitas, ofreciendo la inexactitud de la premisa del carácter excepcional de la institución, pues no es un privilegio sino un derecho, y sienta la rotunda afirmación de que el tercio de mejora, en rigor técnico deseable, no es legítima y que la dicción y verdadero sentido de los artículos 825 y 828 del Código Civil no autoriza a deducir una regla general de más amplio ámbito que la suma de las reglas particulares que aquellos preceptos contienen.

Estudia a continuación el problema de la naturaleza del título a través del cual se puede efectuar la mejora, proporcionando al mejorado el título normal, no constante, de legatario, y después de realizar un análisis cuidadosísimo de la influencia románica y germánica en la legítima castellana, así como de la Ley 21 de Toro como antecedente del artículo 833 del Código Civil, llega a la conclusión, anteriormente esbozada, de que la expresión mejorar dispuesta en términos vulgares, o bien expresando que se mejora sin determinar a qué título se hace, se debe entender como legado

de cuota y no como cuota de herencia, sin olvidar, claro es, la posibilidad de mejorar a título de herencia.

Presenta, a seguido, unos supuestos de mejora tácita, en la institución de un hijo dejando la legítima estricta a los demás; en los casos de desheredación injusta a que se refiere el artículo 851 del Código Civil; en aquellos nacidos de la utilización por el testador del artículo 1.056 en relación con el 1.075 del Código Civil, y en los supuestos del llamado derecho de no decrecer, como fruto del carácter general y expansivo del título hereditario.

Combate, con cuidadísimos argumentos, la división de la herencia, en cuotas inmixtibles y, a través de un estudio histórico del artículo 829 del Código Civil, proclama la conclusión de que el fundamento del mismo se halla en una presunción o juicio legal, sobre cuál sea la voluntad del mejorante y que en todo caso no prueba que la herencia haya perdido su unidad ni quedado fraccionada en partes incomunícables, realizando al propio tiempo una magistral interpretación de los artículos 819 y 825 del referido Cuerpo Legal en apoyo de su postura, tendente a la afirmación de la posibilidad de las mejoras tácitas por título de donación, con la calidad de no colacionables, e imputables al tercio de mejora en cuanto no quepan en el de libre disposición.

En el campo de las mandas y legados, todo prelegado, dice, debe presumirse mejora «lato sensu» no debiendo, por tanto, imputarse a la legítima sino en el caso de que no le quede otro cauce para expansionarse, pues de lo contrario no se estaría ante un prelegado, sino ante un legado en lugar de la legítima.

Piñar López, Blas: «La adopción y sus problemas jurídicos»; págs. 143 a 188.

La adopción, «por fijamiento», como decía la Ley I, del título XVI, de la partida IV, institución de importancia extraordinaria por su difusión y eficacia, pretende ser llevada, con su marco, el Derecho de Familia, al campo del Derecho Público (Cicú), con el fin de acelerar la identificación del Derecho Privado con el Derecho Patrimonial (Bekker). A impedirlo, combatiendo la corriente atomista y disgregadora que ello encierra, dedica este artículo Piñar, propugnador justísimo de las verdaderas esencias de la adopción.

Comenta ampliamente los criterios que aconsejan la institución, políticos unos, sentimentales otros, sin descaer el benéfico-administrativo, así como los que se oponen a su mantenimiento que, reconoce, fueron de tanto valor, que produjeron en los Códigos del siglo XIX un acogimiento tibio y como a disgusto (e incluso su desaparición, como acontece con los Códigos de los Países Bajos de 1838, portugués de 1867, chileno de 1857, argentino de 1871, que posteriormente modifican la postura excluyente que habían adoptado. En los últimos tiempos se ha divulgado, incluso legalmente, la idea de la afirmación de este instituto, de tal modo, que puede decirse se asiste a la tercera vida del mismo.

De los dos sistemas de regulación de la adopción, el amplio o expansivo, o el reducido y limitado en efectividad, el Código napoléonico y los que en él se inspiran siguen el citado o «adoptio minus plena» y los germánicos, así como las modernísimas leyes extranjeras de post-guerra, en un sentido de máxima protección al adoptado; califica a la regulación positiva de la adopción en nuestro Derecho, de farragosa y borrosa y planteadora a la doctrina y a la jurisprudencia de difíciles problemas, siendo de todo punto necesario un nuevo enfoque de la institución.

Estudia las cuestiones de cómo debe configurarse el acto que da nacimiento a la adopción y en qué momento nace o se perfecciona; da a la escritura de constitución valor «ab sustanciam» y no admite que el vínculo surja sin su otorgamiento, dando a la aprobación judicial un valor simple de declaración pública y fehaciente de órgano del Estado, apoyando su tesis en una acabada exégesis de los artículos 1.831 de la Ley Procesal Civil, y 131, 133 y 178 del Código Civil. Examina diversos problemas que el otorgamiento de la escritura de adopción encierra y se muestra partidario de que debiera abrirse un capítulo dedicado a los impedimentos impeditivos y dirimentes de la adopción, en analogía con el sistema matrimonial.

Realiza un acabado estudio de los impedimentos en nuestro ordenamiento y plantea dos cuestiones que califica de fundamentales, referente la una a si es necesario el consentimiento del cónyuge del adoptado, y a si es preciso que éste sea extraño al adoptante, la otra, dando la oportuna solución en presencia del Código y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Se pregunta cómo estando en la mente del legislador, con relación a la adopción, la función de guarda, casi con carácter exclusivo, es tanto el número de impedimentos, exigencias y requisitos del Código Civil, mostrándose tendente a una ampliación del contenido de tal instituto.

Realiza una exégesis de los efectos personales y reales de la adopción, incluyendo entre los primeros los derechos al nombre, al ejercicio de la patria potestad, a la nacionalidad y al «impedimentum adoptionis», y entre los patrimoniales, la deuda alimenticia y los derechos sucesorios: con relación a estos últimos verifica un detenido examen del artículo 177 del Código Civil, que califica de evidente excepción al principio prohibitivo de los pactos sucesorios, dando a esta delación hereditaria contractual los caracteres de eficaz e irrevocable para el adoptante, funcionando bajo la disciplina del derecho sucesorio y del de obligaciones. Termina su trabajo parando su atención en las llamadas por Puig Peña «situaciones finales de la adopción».

Font Rius, José María: «La ordenación pactada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho medieval hispánico»; págs. 191 a 244.

Estudia en este opúsculo el catedrático Font Rius el fenómeno de la actividad pacticia o convencional en cuanto se refiere a la ordenación

económica del matrimonio en épocas pasadas, oscuras y borrosas, que fueron testigos de la lenta elaboración del Derecho español, y a la que prestó, más señaladamente que los círculos oficiales, la acción consuetudinaria el influjo de sus sistemas y consecuciones. Sitúa su ensayo en un doble plano, cronológico y geográfico; cronológicamente no se remonta más allá del Defecho Alto-medieval, inmediatamente anterior a la Recepción Romano-canónica, pues que con ésta se sufre una radical transformación de la vida jurídica: Geográficamente ciñe su docto artículo a las regiones centrales de la Península, los Reinos de León y de Castilla, por ser donde con más profusión aparecen los pactos matrimoniales.

Por vía de introducción necesaria realiza un análisis concienzudo y exhaustivo del régimen económico-matrimonial en dos grandes períodos, el antiguo visigodo, que llega hasta Chindasvinto, y el que se inicia con la legislación de este rey y sus inmediatos seguidores mediado el siglo VII; la «dos» con sus momentos de la «Verlobun» y la «Trauung», la «Pretium dotis», la «Morgengabe», etc., son objeto de un acabado estudio tanto en el aspecto sustantivo como en el formal.

Bajo la rúbrica, «Derecho de la Reconquista», trata de las formas de la comunidad absoluta de bienes y las del régimen dotal o arral, y con certero criterio diferenciador—aun contando con la dificultad fisonímica de estas relaciones pacticias, sólo entrevistadas a través de unos pocos diplomas o de vagas alusiones en fuentes normativas—ofrece entre las variedades del régimen comunitario, los pactos de unidad o hermandad, las «cartas de Perfillatione» y las «cartas de Meatade», y aun un tipo híbrido o de combinación de arras con «perfillaticne» que se produce en el pacto matrimonial del Cid Campeador con su esposa, Doña Jimena; dentro del campo del régimen dotal estudia las características generales de los múltiples pactos dotalicios de la época, cuya gama diversa obedece, fundamentalmente, a la autonomía convencional de las partes, que tienen un principio de restricción al empezarse los Fueros Municipales.

Termina su trabajo con una breve referencia al período de la «Recepción Romano-canónica», exponiendo cómo las Partidas, exponente señero de la romanización castellana, respetaron muchos pactos y modalidades precedentes, en cuanto representaban la solución de problemas de orden familiar, social y económico, de acuerdo con la mentalidad de los contratantes y en función del ambiente y de la época.

Ossorio Morales, Juan: «La Lesión en el contrato de compraventa»; páginas 247 a 266.

Centrando el problema sobre la base del contrato de compraventa y dejando al margen el aspecto foral de la cuestión, es el artículo 1.253 del Código Civil, con su declaración genérica de no procedencia de la rescisión contractual por lesión, el motivo fundamental de la conferencia del catedrático Ossorio Morales, que estima, acertadamente, que nuestro primer Código abandona en este punto la doctrina tradicional y los pre-

cedentes históricos, yendo incluso más lejos de su modelo el Código francés, tanto más cuanto que la idea de la admisión de la lesión en la vida contractual representa el triunfo de la regla moral sobre el libre juego de los principios económicos, y ello no obstante, la doctrina civilista patria se muestra indiferente ante el problema, con abandono cierto de la teoría del «equilibrio contractual» y olvido de la necesidad de restaurar el derecho común hispánico sobre la base de la supremacía de los valores morales, según frase de Federico de Castro.

La rescisión por lesión que aparece en el Código Justiniano, en la Ley 2.^a, Tít. 44, Libro IV, «De rescindende venditione», es la reacción contra un estado de derecho anterior que la desconocía, y representa un avance considerable de la época, probablemente debido a influjos de dogmas cristianos y a los Padres de la Iglesia, principalmente San Ambrosio, con su idea del «*justum preclum*».

La Glosa, Postglosa, canonistas y escolásticos, extienden el concepto primario, y salvo el Fuero Juzgo, que expresamente niega la rescisión por lesión, el Fuero Real, las Partidas, El Ordenamiento de Alcalá y las Leyes Recopiladas, acogen con amplitud creciente el instituto de la rescisión por lesión y la Novísima, reconoce tal derecho no sólo al vendedor—concepto inicial—, sino al comprador.

La revolución francesa da al traste con tal instituto por la Ley de «Fructidor» del año III, pero lo que en la República vecina fué circunstancial, pues pronto se reaccionó contra este criterio, se hace crónico en nuestro Derecho civil, de inspiración gala, abonado por la doctrina civilística del momento que consideraba a la rescisión por lesión «como un atentado contra la libertad individual».

La doctrina moderna, con su protección al más débil, el abuso del derecho, las cláusulas de estabilización, riesgo imprevisible, alteración de circunstancias, la eficacia de la apariencia frente al actuante de buena fe, etcétera, aspiran a despojar a los derechos subjetivos lo que de agreste y montaraz agresividad puedan tener, y a juicio del articulista no se trata solamente de ir contra la lesión sobrevenida, sino incluso de atajar la originaria o que «*ab initio*» se produzca.

Las expresiones ya consagradas por la doctrina y por la práctica jurisprudencial, cuando del desequilibrio producido en el contrato por circunstancias sobrevenidas se trate—excesiva onerosidad, extraordinaria desproporción, falta de conmutatividad—, sirven también, a juicio del autor, para manifestar en términos generales, lo que, referido al momento de la celebración del contrato, choca con los límites de lo ilícito.

Considera atisbos de una iniciación de la corrección del error positivo, el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, que faculta al Juez para, revisando la renta pactada por las partes, fijar «la que estime justa» y la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1942 que, en méritos de un arrendamiento sometido al derecho común, expresa la tesis de que «los Tribunales pueden tener atribuciones, una vez en vigor el contrato, para modificar la cuantía de la renta estipulada y señalar la que estimen justa».

También el Código de Comercio, en su artículo 344, cuando a seguido de manifestar la no rescisión por causa de lesión, concede acción contra el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, con el fin de que indemnice daños y perjuicios, es también signo evidente de un afianzamiento de la viabilidad de la rescisión por lesión, siquiera el citado artículo 344 esté hasta ahora huérfano de toda declaración jurisprudencial y doctrinal que explique su singular contenido.

Martínez de la Fuente, Julio: «La atribución del beneficio del seguro de vida como materia de disposición testamentaria»; págs. 271 a 319.

Complementando y poniendo al día anterior trabajo del propio autor, publicado en la revista de Legislación y Jurisprudencia correspondiente al año 1925, con gran erudición y lujo expositivo, estudia el articulista el problema de la naturaleza del beneficio del seguro de vida, previa una exposición general de dicho seguro en el campo del Derecho Privado y realizando una metódica valoración del contrato en sus diferentes fases y en función de la modalidad adoptada.

Pasa a continuación a la contemplación del derecho del beneficiario y la estipulación en favor de tercero, verificando su análisis no sólo en el Derecho español sino en el alemán y en el francés, y aprecia en nuestro ordenamiento una postura original sobre la materia, no obstante haberse recibido del Código francés la doctrina de la estipulación, ya que es admitida como un contrato típico con justificación propia y no por los postulados tradicionales de la estipulación en provecho de tercero.

Plantea el problema de la calificación mortis-causa o inter-vivos del beneficio que la póliza representa, agravado en su deslinde por la posibilidad de una atribución testamentaria del beneficio: Hace un minucioso examen de la pugna entre los factores contractuales y los sucesorios en la Ley francesa de 1930, descomponiendo el trabajo, para una mejor exposición, en apartados que comprenden; el autor de la atribución; la capacidad del beneficiario; la determinación de éste; la ausencia de atribución beneficiaria y la perfección del derecho del designado.

Por último, lleva a cabo una inteligente exégesis sobre la naturaleza jurídica de la atribución hecha por testamento; si bien en principio la doctrina dominante parece admitir que el beneficiario adquiere el capital del seguro «jure propio» y no «jure hereditario», puesto que ese capital está en el patrimonio del asegurador y no en el del asegurado, es decir, que el beneficiario tiene un derecho directamente emanado de la obligación correlativa del asegurador promitente no del asegurado estipulante, es lo cierto que a veces la titularidad crediticia proviene mediata e inmediatamente del testamento del tomador del seguro, lo que complica, sin duda, el problema, que es desentrañado a través del estudio de los desplazamientos patrimoniales, del legado en la atribución beneficiaria y de la atribución extratestamentaria, para terminar presentando las posibilidades de conflictos entre los herederos y los acreedores del asegurado.

Del Moral y De Luna, Alfonso: «Los derechos de adquisición y el problema de su rango»; págs. 327 a 372.

La conferencia del notario de Valencia, Alfonso del Moral, acerca de los derechos de adquisición y el problema de su rango, es, por el cuidado y meticulosidad con que es tratada la cuestión, impuesta por la importancia práctica que la realidad exige, tan de cerca tocada por el autor a virtud de su cargo oficial, de un gran valor, y su lectura y meditación por los profesionales del Derecho, fuente segura de un exacto entendimiento de la materia: tiene por misión o propósito primordial desterrar las injusticias, emboscadas y contradicciones que los llamados derechos de adquisición entrañan.

Se muestra conforme con Pérez y Alguer al calificar la institución o complejo tanteo-retracto, de derecho unitario, y animado por un solo fin, cual es el de adquirir una cosa: esta adquisición supone un doble procedimiento de ejercicio, centrado sobre el aspecto subrogatorio del adquirente en el retracto y del transmitente en el tanteo.

Presenta un cuadro sintético de las facultades de adquisición, integrado por aquellas de preferencia «relativa»—retracto y tanteo con su modalidad paccionada o legal—y las de preferencia «absoluta», compuestas por el derecho de opción de doble signo, según sea a favor del vencedor o de otra persona.

Estudia a continuación la naturaleza jurídica del retracto legal, y rompiendo moldes—como Carnelutti, Palomino y De la Cámara con relación a la hipoteca—configura los tanteos y retractos legales «como un puro privilegio sustantivo inherente a una condición jurídica personal», catalogándolos como «facultad» que compone la estructura de un derecho subjetivo, haciendo un análisis de su construcción en relación con el retracto de comuneros, colindantes, en la propiedad horizontal y en los arrendamientos urbanos, verificando una justa repulsa del contenido del artículo 67 de esta Ley especial.

Se ocupa, a continuación, de la naturaleza del retracto paccionado, en su doble faceta de derivado del pacto de retro (opción a favor del vendedor) y el de opción a favor de persona distinta del vendedor: en el primer aspecto, combate la tesis de Roca Sastre del doble signo, real o personal, según se halla o no «interesado» por las partes el «jus disponendi», pues los derechos de adquisición, tanto los de preferencia absoluta como los de relativa, afectan siempre al derecho de disponer o, de lo contrario, no son derechos de adquisición, sino embriones de poderes adquisitivos; si jurisprudencial y conceptualmente hay diferencia entre el retracto convencional y el pacto de volver a vender, prácticamente no existe, de donde saca la consecuencia, abonada por el texto no prohibitivo del artículo 1.507 del Código Civil, de que la voluntad creadora de las partes es hábil para originar a favor de un tercero el derecho de adquisición retractual, pues para el articulista no hay diferencia entre el derecho de retracto convencional y el derecho de opción de compra y, por ende, que vale tanto decir que el retracto es una opción a favor del vendedor, como que la opción

es un retracto a favor de tercero; termina el apartado afirmando que se es:á en presencia indudable de un préstamo disfrazado, pero además que la práctica puede devenir en la pignoración con pacto comisorio, prohibido por el artículo 1859 del Código.

Respecto de la opción a favor de persona distinta del vendedor, ya calificada en su naturaleza, por su ensamblamento con el retracto convencional, hace una crítica ponderada de la institución, distinguiendo la opción negocio civil, u opción propia, y la impropia o mediatoria, manifestando que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario tan sólo ha querido disciplinar la primera de las versiones expuestas.

Por último, presenta el cuadro del rango relativo de los derechos de adquisición, y siguiendo la línea general propuesta por Ramón Faus, estudia el rango entre los retractos legales y el convencional; el del paccionado y el derecho de opción, y entre éste y el del retracto convencional, no sin antes hacer una justa apreciación de la propiedad horizontal, que califica de propiedad singular, extraña sustancialmente al condominio.

Carnelutti, Francisco: «La figura jurídica del Notario: págs. 375 a 396.

Va precedido este trabajo de las palabras dirigidas por vía de salutación al profesor Carnelutti por González Palomino, Notario de Madrid, que tienen toda la justeza, sobriedad y gran espíritu analítico a que nos tiene acostumbrados, afirmando que los españoles van de nuevo a Roma, en busca del Derecho, por los caminos del Arte y de la Fe, y que al final de ellos se encuentra el visitante a Carnelutti, figura impercedera de la doctrina jurídica.

Traducida por el notario González Collado, estudia en esta conferencia el profesor italiano la figura del notario como operario del derecho o custodio y guardián del mismo, reconociendo que en Italia nadie se ha detenido a realizar una glosa de esta figura; examina la faceta del notario como documentador, y cree que no debe quedar ahí el matiz, ya que su misión es múltiple y variada, no pudiendo encerrarse en el mutilado aspecto del «documentador de las declaraciones de voluntad» o «de las declaraciones de saber», porque, quizá sorprenda a muchos—dice—, es parte de la función notarial que no tendríamos que maravillarnos si un día desapareciera ante el auge de lo que él llama el documento «directo», es decir, el fotograma; en síntesis, analiza la distinción entre «documento» y «declaración», «continentes» y «contenido» y entre «ccsa» y «acto».

Califica al notario de intérprete de función «antiprocesal», y hace un parangón entre la actividad notarial y la judicial, fiscal o simplemente defensora, manifestando que entre ambas funciones existe la misma diferencia que entre la higiene y la terapéutica del Derecho; cuanto más cultura, más consejo y más conciencia del notario, menos posibilidades de litigios habrá porque al intervenir en la formación del juicio jurídico, «el negocio» aparecerá como concepto antitético y opuesto al de «litis»; sugiere que el título que merece este profesional del derecho es el de «consultor jurídico».

Examina la función notarial en el momento de recoger la última voluntad para formar el testamento y pone de relieve la importancia extraordinaria que ello tiene.

Si bien el notario y el juez hacen, en principio, la misma cosa, juzgar, el juez lo hace en presencia de un inconveniente ya surgido, mientras el notario tiene por misión impedir que el inconveniente surja.

Postulare, Respondere y Cavere, es el tríptico ancestral que enmarca la actividad del jurista, y de ellos el Cavere es el que refleja la función específica del notariado, que en su quehacer oficial debe conocer no sólo los caminos de la tierra, sino los del cielo, presidido todo por una «Fides bona» capaz de mantener un justo equilibrio entre el Derecho y la Justicia.

García Valdecasas, Alfonso: «La idea de sustancia en el Código civil»; páginas 401 a 421.

La idea de «sustancia» como elemento que juega un papel importante y decisivo en dos instituciones del Derecho civil, el usufructo y el error, es la materia del importante y meditado trabajo del catedrático García Valdecasas.

En primer lugar hace un estudio de los artículos 467, 487 y 489 del Código civil español, para concluir que las obligaciones del usufructuario de conservar la sustancia y la forma de la cosa usufructuada, revisten caracteres de independencia, demostrada por el empleo de determinados giros gramaticales por el legislador de 1889 y se plantea el dilema de que si la sustancia no es la forma, ha de ser entonces la materia, surgiendo, por tanto, el problema del análisis de ella; lo realiza a través del artículo 477 del viejo Código civil italiano, del Código de Napoleón y del B. G. B., en función de la pugna Sabiniano-proeuleyana, y lleva a efecto un estudio del concepto en el orden filosófico, gramatical, etc.; se para a contemplar la cuestión desde un punto de vista intrajurídico, es decir, examinando qué es de las cosas lo que mayor importancia tiene para el Derecho, y en méritos del artículo 333 del Código, refunde la sustancia con el valor de las cosas, ya que éstas—dice—jurídicamente consisten en ser un bien que puede ser definido como «todo objeto al que socialmente se reconozca como idóneo para satisfacer fines humanos, por tanto, con un valor socialmente apreciable».

Combate la moderna tendencia de acentuación del aspecto «económico» del valor de la cosa y pone de relieve cómo el Derecho ha sabido adelantarse a la llamada filosofía existencial, que estima como idea primigenia de las cosas la de ser un instrumento o útil para la existencia humana.

Supuesto el binomio «sustancia-valor», ¿cómo se determina éste, expuesto a constante fluctuación? La idea matriz en esto radica en la conservación del valor, conservación que se entiende no sólo del rendimiento normal, sino de su potencial permanente, pues—explica—del mismo modo que una merma de la productividad normal es un ataque a su sustancia, lo es asimismo un aumento a costa del potencial futuro.

Extiende la obligatoriedad del «salva rerum substantia» al usufructo de acciones, en méritos de que sólo por disposición de la ley o del título de constitución puede quedar sin efecto el principio de intangibilidad sustancial, y estima que en este campo del tráfico jurídico aparece el concepto de renta, que debe detenerse ante igual límite del respeto a la sustancia.

Trata a seguido de la «forma» como elemento distinto al de sustancia, más unido a ésta en razón de la obligatoriedad de su no alteración por el usufructuario, y critica la tesis de Venezian que hablaba de «sustancia, tanto en la forma como en la materia»; para el actor, la forma es «el destino propio de la cosa, es decir, el destino socialmente reconocido y estimado», que puede variar con independencia del valor (sustancia) como ésta con independencia de la forma. Ve en el artículo 485 del Código Civil conjuntados y diferenciados, los dos conceptos de forma y sustancia, calificando la frase empleada en su párrafo primero «según su naturaleza», como idea de sustancia, y la de forma a través del contenido del segundo párrafo, que proporciona la idea de destino.

Critica, por último, la supresión llevada a cabo por el nuevo Código italiano de la fórmula tradicional, para ser sustituida por la de «respetar su destino económico», producto indudable de un influjo del Derecho alemán.

Otero Peón, Manuel: «La sustancia y la forma en lo jurídico»; págs. 427 a 479.

El notario Otero Peón, bajo la rúbrica que antecede, que subcalifica de «divagaciones casi deportivas sobre conceptos trascendentes», proporciona la idea de la conveniencia de la divulgación para el «Gran Público» de las verdades indudables e indiscutibles que constituyen el Dogma y que pertenecen al campo de la Metafísica.

Analiza la idea descriptiva del orden jurídico, para lo que, en primer término, va deslindando y eliminando todo lo que, concomitante con él, es simplemente adjetivo y no sustantivo: agrupa las normas de conducta, en general, bajo el epígrafe de Orden Ético, y realiza un detallado estudio de la «Ley» y la «Norma», asimilando a esta última categoría todas las reglas que componen dicho orden ético y reservando la palabra Ley para expresar las llamadas leyes de la naturaleza o del orden físico, éstas inviolables, aquéllas de posible conculcación, contra la que se reacciona a través de la idea de restauración.

Realiza la unión de las ideas del Fin Supremo y de la Igualdad de los hombres, como esencial a la concepción de la Justicia Divina, y considera la idea de Fin como vinculada indestructiblemente al orden ético cuyo sustratum, o sustancia, se enlaza directamente con la idea de la Suprema Justicia.

Dentro del orden ético, más deslindado idealmente de él, se halla el orden jurídico, que responde a viejas concepciones, como la de la distinción entre Moral y Derecho, que estudia prolijamente, actualizándolos, para afirmar que orden jurídico no es término equivalente a Derecho, pues

extraño a él queda el Derecho Natural y la Estimativa Jurídica—derecho justo, derecho injusto—, con lo que el resto, o Derecho Positivo, es lo que se identifica con el Orden Jurídico, con el aditamento del Derecho Formal y la extensión de todo aquello que no sea norma de conducta.

Si el hombre es presupuesto del orden ético, el Estado aparece como primer presupuesto filosófico del orden jurídico y la Ciencia y el Arte de gobernar como relevantes también en el mantenimiento de la esencia de tal Orden.

Estudia la Política a través de Maquiavelo, Carl Schmitt, Stamler, etcétera en función de la idea de Soberanía, destacando el concepto de las autolimitaciones de ellas, que generan los preceptos del Derecho Constitucional, del Derecho Público en general y el Derecho Internacional Público.

Al lado de los presupuestos, sitúa las instituciones técnicas, que califica de construcciones de base artificiosa para el desarrollo del fin del Derecho, dando categoría de tal a la institución de la personalidad jurídica.

Delimita, por tanto, el orden jurídico como sistema de normas que impone obligaciones, de hacer o no hacer, a las personas, sin que ello suponga encerrarlo en el ordenamiento positivo de un pueblo, pues éste sólo representa una mínima parte de él y ve su sustancia o esencia en la idea de la responsabilidad como restauradora de la obligación incumplida.

Condensando distingos y diferencias de carácter eminentemente filosófico, confirma la tesis de que la existencia se perfila y logra a través de la forma, mas como a su vez a través de la forma se llega a la materia, surge la no clara idea de la disciplina que nos muestra la forma de los preceptos del ordenamiento jurídico; después de llevar a cabo un interesante estudio acerca de este problema en relación con las diversas escuelas, termina su docto trabajo con la conclusión de que, al menos en el plano de su eficacia, las normas jurídicas actúan con valor de puras fórmulas, confundiendo en el orden jurídico la sustancia y la forma, o dicho con otra expresión, la forma aparece como la propia sustancia del Ordenamiento Jurídico.

Nart Fernández, Ignacio: «Problemas de las relaciones entre el Derecho Civil y las Normas Hipotecarias»; págs. 485 a 553.

En base de un párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, y sobre la teoría mantenida por Alvaro D'Ors relativa a la integración de las normas hipotecarias en las Leyes Civiles, construye su conferencia Ignacio Nart, iniciándola con el estudio de la dualidad legislativa civil e hipotecaria, que presenta un desarrollo histórico externo de común afán doctrinal, y una razón histórica externa sobre la que no se ha tratado; para el autor, esta última estriba en el imperfecto sistema de transmisión y gravámenes de inmuebles, cuya

inutilidad se vió acrecentada por el hecho de entrar en el comercio jurídico las llamadas «manos muertas», como consecuencia del imperio de las leyes desvinculadoras. De los cuatro fines de la Ley Hipotecaria, seguridad de los derechos, prevenciones de los fallos o sentencias, concreción de garantías familiares y purga de las cargas prescritas, han sido superados los dos primeros, quedando con carácter de permanencia los dos objetivos últimos: un Registro de la Propiedad claro y exacto, no se producirá mientras no se conecte con el ordenamiento jurídico general en dos puntos, en la teoría de la adquisición de los derechos, artículo 609 del Código Civil, y en la idea del patrimonio como conjunto de bienes y como campo de la responsabilidad, artículo 1.911 del propio Cuerpo legal.

Examina a continuación el problema de la integración de normas, contemplando las posiciones más destacadas, entre las que figuran la de Bonet Ramón, Roca Sastre y Sanz Fernández, realizando una acabada exégesis de sus puntos de vista.

Respecto de la colisión de las normas civiles e hipotecarias, polariza su estudio sobre el problema de si la inscripción registral elimina, suple o sustituye a la tradición, y sobre la colisión entre inscripción y posesión; con relación al primero de los apartados, verifica un meditado análisis, en base primordialmente de los trabajos de De la Rica y Vallet de Goytisolo, aquél mantenedor de que la propiedad inscrita se rige exclusivamente por la Ley Hipotecaria, la tradición, por tanto, es irrelevante, éste partidario de que la ficción (inscripción) puede auxiliar a la realidad (tradición), pero nunca eliminarla ni borrarla; identificado con esta última posición, el autor razona cómo la necesidad del «modo» en el sistema hipotecario o registral ni produce ningún entorpecimiento para el Registro, a lo que llega después de un ordenado estudio de los artículos 34, 35 y 36 de la Ley Hipotecaria. Con relación al segundo de los problemas enunciados, inscripción y posesión, lo enraza con el contenido de los artículos 38 de la Ley Hipotecaria y 448 del Código Civil, afirmando, con Vallet de Goytisolo, que la buena fe a efectos hipotecarios es la creencia, fundada en la inscripción a favor del transferente y no contradicha por la posesión «inequívoca» de otro en concepto de dueño, de que aquél es el titular real y puede disponer de su derecho.

Trata a continuación del problema de la conexión; hace un completo estudio de los sistemas hipotecarios, el de 1861-1944 y el de 1944-1946, este último consagrador del principio de que el asiento es un «equivalente jurídico», y en el que la inscripción supera al título documental, no limitándose tan sólo a reforzarlo, justificando con ello la seguridad de los derechos reales, que el autor había ya calificado de fin permanente del sistema hipotecario español.

Por último, en cuanto a la prevención de las sentencias judiciales, es decir, la evitación de que el demandado por actos propios haga imposible la ejecución del pago, fin calificado asimismo de permanente, realiza una acabada exégesis del artículo 1.911 del Código Civil en función del patrimonio, que es estudiado como conjunto de bienes y como campo de la responsabilidad.

Analiza a seguido lo que denomina «objetivos procesales de agresión patrimonial» que tienen en el Registro su reflejo en las anotaciones preventivas, que son clasificadas por el autor, por razón de la misión que cumplen, en 1.º de ataques a la titularidad; 2.º de pretensiones de entrega; 3.º de apropiaciones para pagos; 4.º de prohibiciones de disponer, y 5.º de indisponibilidad por el titular.

Termina su docta conferencia Nart definiendo el Registro de la Propiedad como sistema de publicación privilegiada y protectora de los derechos reales sobre fincas, y de las acciones procesalmente ejercitadas sobre ellas, es decir, Registro de derechos y de acciones, y estima, finalmente, que las normas hipotecarias no son Derecho Civil, sino para el Derecho Civil, al que sirven proporcionándole una publicidad de la situación jurídica inequívoca de los bienes inmuebles, y si bien están integrados en la Ley Hipotecaria, dando contenido a sus más importantes artículos, es lo cierto que las referidas normas que dan el valor jurídico de esa publicación, son, en puridad, de Derecho Civil.

Vallet de Goytisolo, Juan: «Contrato de compraventa a favor de persona a determinar»; págs. 559 a 569.

Vallet de Goytisolo, cierra el contenido del volumen, tratando un tema poco o nada desarrollado en la bibliografía española, y lo hace en méritos de una nota crítica, publicada en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, bajo la firma de Federico de Castro, de la monografía de Enrieti, «Il contratto per persona de nominare».

Tiene lugar tal giro, principalmente, en el contrato de compraventa, en la opción de compra y en la promesa de venta, y en las que el vendedor o promitente (P) conviene con el estipulante (E) la compraventa de un bien por precio que, en parte, es satisfecho al firmar el documento, aplazándose el resto hasta el otorgamiento de la escritura pública, que «el promitente se obliga a otorgar a favor del estipulante o de otra u otras personas que éste designa (D).

Enrieti admite la existencia de dos contratos: uno entre P y E y otro entre P y D, aquél sometido a la condición resolutoria que la «electio» supone, por ser una «*facultas amicium eligendi*», y el profesor Castro examina perfectamente las relaciones internas que determinan la convención, que para él es de carácter unitario, sólo desdoblado cuando el estipulante compra para revender, y la cláusula de reserva opera con el «exclusivo fin de abono de los gastos de la nueva transmisión.

Estudia Vallet la solución en el Derecho patrio, compulsando los distintos tipos de configuración de la compraventa, para decidir que, «normalmente», hay un contrato de compraventa con la facultad del adquirente de subrogar a otras personas en su lugar, y, por ende, una sola transmisión de propiedad, que se produce directamente del promitente al elegido, sin que la relación entre P y E esté sometida al pago de derechos reales, ni pueda ser objeto de inscripción registral por imperio del ar-

título 9.º del Reglamento Hipotecario; por el contrario, cuando el estipulante E quiera dar eficacia frente a tercero al convenio inicial realizado con P, la fórmula sería la del derecho de opción, de condición inscribible según el artículo 14 del Reglamento, y en el que E deberá obligarse a ejercerlo o a presentar persona que lo ejercite, convirtiéndose en fiador solidario del pago del precio, compareciendo en la escritura ulterior P, E y D, éste adquiriendo la posesión de la cosa a título de compraventa, que le transfiere P instrumentalmente.

Jesús CARNICERO y ESPINO

ARIAS BARBE, Oscar: «Arrendamientos rurales y desalajo». Montevideo, 1954, 435 págs.

El Derecho comparado en la materia de Arrendamientos rústicos nos muestra una orientación uniforme y decidida: en casi todos los países se han abandonado las normas del clásico arrendamiento de cosas, dando paso a una legislación de carácter social más o menos acusado; correlativamente se ha sentido la necesidad de modificar las normas procesales dictándose otras especiales. Esto es, lo que ha sucedido en la República uruguaya con las leyes números 12.100 y 12.116 promulgadas durante el pasado año 1954.

El profesor Arias Barbé expone, en primer lugar y de modo sistemático, el contrato de arrendamiento rural, tal como ha quedado regulado por las citadas leyes, ocupándose de su naturaleza jurídica, del plazo mínimo de duración, del derecho a la prórroga, del difícil concepto del arrendatario, «buen cumplidor de sus obligaciones»; del precio, del destino, de las limitaciones a la facultad de disposición del arrendador, del subarriendo y del procedimiento.

Para el lector español interesa conocer que, entre las novedades instauradas por dichas leyes, se cuentan: una clara tendencia al formalismo, una ampliación del plazo mínimo de duración del contrato, la introducción en un derecho de adquisición preferente de muy reducidos alcances, pues el arrendador puede burlarlo sin más que abonar la renta de dos años en conceptos de multa, y la equiparación del subarrendatario al arrendatario.

En forma de apéndice se incluyen el texto íntegro de las discusiones parlamentarias de ambas leyes y la jurisprudencia anterior; todo ello de extraordinario interés a la hora de interpretar aquéllas y de valorar adecuadamente las reformas introducidas.

El autor ha manejado la doctrina española reciente sobre la materia, si bien en algún caso parece desconocer las leyes posteriores a 1935. También nos extraña un poco la alusión al contrato de arrendamiento a propósito del contrato de trabajo (pág. 18).

En suma y si bien las nuevas leyes uruguayas nos enseñan poco a los españoles, estimamos muy aceptable la obra del profesor Arias Barbé.

Gabriel GARCIA CANTERO

BIONDI, Blondo: «Diritto ereditario romano». Parte generale, Milán, 1951, XV + 465 págs.

El profesor de Derecho romano de la Universidad Católica del *Sacro Cuore*, de Milán, añade a sus anteriores publicaciones sobre el Derecho hereditario romano, este nuevo libro que recoge un curso de lecciones expuestas en aquella Universidad.

El origen del libro marca ya unas limitaciones, pero a la vez advierte de sus ventajas. Las limitaciones se reducen al carácter didáctico de los capítulos del libro, que insisten sobre las ideas fundamentales, dedicando a ellas su mayor espacio y dejando aparte toda la problemática adyacente. Las reiteraciones de conceptos en este caso están justificadas por la finalidad pedagógica que las aconsejó. Por otra parte, el libro, dada su extensión y la importancia de los temas fundamentales que expone, carece del copioso material bibliográfico que sobre ellos existe. En este caso el defecto se convierte en mérito, no solamente porque simplifica la lectura y produce una cierta confianza en el autor al no derivar su atención hacia otros trabajos, sino también porque el profesor Biondi ha perseguido en este caso algo más que una simple sencillez didáctica. El libro se acerca a las fuentes directas, toma de ellas los principios, sin dejarlos filtrar a través de los intérpretes, haciendo referencia a la doctrina tan sólo en los casos en que es necesaria y sentando él mismo su opinión tan sólo cuando la opinión más común merece ser rectificada.

La obra de Biondi no agota los temas de la sucesión *mortis causa* romana. Su contenido se reduce a lo que su autor llama parte general, es decir, a lo que sea Derecho hereditario, sucesión y herencia, tema este último que comprende la mayor parte del libro y agota todos los temas fundamentales en veinticuatro capítulos, entre los que destacan los dedicados a la delación y adquisición de la herencia.

Quizá el mérito fundamental del libro de Biondi consista en poner al alcance del jurista, y concretamente del civilista, una clara exposición del Derecho hereditario romano enfocado desde el Derecho moderno y dejando aparte disquisiciones romanísticas que rebasan el campo de lo estrictamente jurídico. Esta orientación buscada de propósito hace que el libro sea útil. Biondi ha conseguido así simplificar la complicada evolución romana del Derecho de sucesiones.

J. M. DESANTES

BOEHMER: «Einführung in das bürgerliche Recht». Tübingen, 1954. Editorial J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Un volumen de 290 págs.

Presentamos hoy al lector español una de las obras del profesor de la Universidad de Freiburg, Gustav Boehmer, que dentro de su voluminosa producción científica tiene un particular interés. Se trata de una «Introducción al Derecho civil», donde, con una visión más reducida que en su gran obra en tres tomos «Fundamentos del ordenamiento jurídico

civil» (1), se quiere poner al alcance de los jóvenes juristas el concepto y la posición del Derecho civil dentro del sistema total del ordenamiento jurídico, así como la fundamentación histórica, el espíritu político y técnico jurídico del BGB.

Sin embargo, hay que advertir que no se trata de un «manual» o «libro de texto» en el sentido vulgar, ya que no ofrece una descripción del Derecho positivo en sus particularidades, sino que, con expresivo lenguaje pone en conexión las más importantes y célebres teorías dogmáticas y político-jurídicas, históricas con las formas del actual ordenamiento jurídico privado. Por lo tanto, si la obra se dirige, en primer lugar, a los principiantes, también tiene gran interés para los juristas más maduros.

El libro está dividido en dos grandes partes: la que trata el Derecho civil como un sector del ordenamiento jurídico total y la que se refiere al espíritu y sistema del Código civil (BGB).

En la primera parte de la obra de Boehmer se destaca la materia que se refiere al concepto y carácter del Derecho civil. Se explica el origen romano y significación de las palabras «Derecho civil» hasta llegar a las conclusiones más actuales de su concepto, tal como sucede con la concepción social-comunista, que trata de sustituir la ordenación del «ciudadano» por la del «proletario».

Este reflejo económico y político se advierte en las nuevas construcciones del Derecho civil, especialmente cuando se trata del tema del Derecho público y privado. Boehmer realiza aquí primeramente una delimitación conceptual y cree exacto el criterio diferencial basado en la nota de coerción estatal heterónoma frente a la independencia de la autonomía privada; no obstante, trata a los sujetos público y privado como una unidad. Advierte también cómo la intensa socialización de hoy día crea un nuevo problema de delimitación, especialmente en lo que se refiere a los dos órdenes o categorías de las personas actualmente establecidos: el «privado» o «empleado privado» y el «funcionario».

En la segunda parte de su obra, Boehmer sistematiza la materia referente al espíritu y sistema del Código civil alemán en cuatro epígrafes: los fundamentos históricos; el sistema, lenguaje y carácter del BGB; el sistema familiar, y el sistema de la vida económica. Bajo estos grandes apartados, trata los problemas tradicionales y expone las posiciones doctrinales más avanzadas en la dogmática jurídico civil. En el estudio de Boehmer se han recogido las investigaciones doctrinales más valiosas de la actualidad científica alemana. En la perspectiva histórica toma en cuenta las conclusiones de los romanistas más modernos, como Koschaker, Kreller, Kunkel, Pringsheim y Wieaker, y para la dirección germánica se documenta en Mitteis, Fehr, von Schwerin y Thiene.

Los problemas que plantea la vida económica moderna son objeto de un agudo y documentado análisis por Boehmer. Así, son tratados el concepto

(1) BOEHMER: *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*: I. *Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung*. Tübingen, 1950. II. *Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts*. Tübingen, 1951. II-2. *Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung*. Tübingen, 1952.

jurídico de la propiedad, el concepto y función de la posesión, los derechos reales, el concepto jurídico de las obligaciones y su sistema en el BGB, la libertad contractual y sus límites, la función recíproca del derecho de cosas y del de obligaciones, la «absolutividad» de los derechos reales y la «relatividad» de las obligaciones, los grados intermedios entre los derechos reales y las obligaciones, la protección y la confianza en el tráfico jurídico y las obligaciones y deberes sociales del Derecho privado.

Una consecuencia y una repercusión característica de esta organización económica se advierte en el ordenamiento de la vida familiar. La polémica entablada en estos últimos años dentro de la doctrina alemana se ve perfectamente recogida en esta obra. Boehmer advierte cómo la nueva orientación, producto de las corrientes disolventes, y frente al carácter patriarcal de la familia conservado hasta hoy, se ha resuelto en la moderna legislación en un conjunto interpersonal de una relación jurídica particular que tan sólo satisface intereses individuales.

El prestigioso profesor Boehmer logra con esta obra una labor de síntesis del panorama dogmático-jurídico histórico y actual del Derecho civil, y, con su madurez, aporta conclusiones y juicios que enriquecen el bagaje intelectual de la ciencia privatística.

José BONET CORREA

DE CASTRO Y BRAVO (Federico): «Derecho civil de España. Parte General.» Todo I, libro preliminar. Introducción al Derecho civil. 3.ª edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955; 781 págs.

Tercera edición revisada, puesta al día, y en la que, además, se advierten muy importantes modificaciones. Al confrontarlas con la segunda, se aprecia la desaparición de algunas secciones (significado de la palabra Derecho, plan seguido, disposiciones de carácter transitorio o excepcional) que se aligeran las referencias a direcciones jurídicas «pasadas de moda» (prelinitista, nazi, fascista), supresión de frases o palabras, cambios de forma y fondo, tan numerosos, que apenas se encuentra alguna página sin ellos. No obstante los cortes señalados, ha crecido el número de páginas (de 703 hasta 781): en parte, debido al uso de otro tipo de letra (el mismo del tomo II, edición 1952) y también por recogerse la nueva y más reciente doctrina: jurisprudencia del Tribunal Supremo (quizá un centenar de sentencias), leyes, códigos y proyectos extranjeros, estudios científicos (sólo en la parte primera—páginas 11 a 150—se citan unos 50) publicados después de 1949, fecha de la segunda edición. Las diferencias de mayor alcance o cantidad se encuentran al tratar de los siguientes temas: Derecho agrario, Derecho foral, artículo 16 del Código civil, nuevas tendencias de la doctrina jurídica, orden jerárquico de las normas estatales, costumbre y usos de los negocios, interpretación auténtica, analogía, nulidad, fraude a la ley, derecho subjetivo. A esta enumeración podría añadirse la consideración crítica o polémica de algunas teorías u opiniones formuladas en estos últimos años: de Legaz (Derecho y moral), Rubio (Derecho par-

ticular y excepcional), Gómez Orbaneja (Contenido del derecho subjetivo), Sapena (Artículos 759, 799 C. c.), Betti, Bobbio, Ascarelli (Interpretación), Barbero, Balladore Pallieri (Derecho subjetivo).

El libro está impreso con la pulcritud habitual en las ediciones del Instituto de Estudios Políticos; han desaparecido muchas erratas que afeaban la edición anterior, aunque haya otras, alguna tan llamativa como la del epígrafe de la página 63, inexacto e incompleto, según resulta del índice (pág. 764).

C. P. S.

CERRILLO QUILEZ, F.: «Manual de Formularios sobre Derecho Laboral. Accidentes de Trabajo, Seguros Sociales y Previsión Social». Editorial Jurídica Española. Barcelona-Madrid, s. f.; 480 + LII págs.

Es conocida suficientemente la personalidad del Juez municipal de Barcelona Sr. Cerrillo Quílez, especialmente por sus trabajos de índole fundamentalmente práctica; sólo diremos, por tanto, que el presente Manual de Formularios se circunscribe al Derecho Laboral, rama jurídica de indiscutible actualidad y en la que no abundan colecciones de este tipo, siendo de destacar que el autor recorre todas las facetas y desenvolvimientos posibles del contrato de trabajo, inclusive la fase contenciosa ante la Magistratura, Tribunal Central y Sala 5.ª del T. S. En forma de apéndice se insertan diversas disposiciones legales de más frecuente uso, que, estrictamente hablando, no eran de necesaria inclusión en un Manual de Formularios.

Gabriel GARCIA CANTERO

FAIREN GUILLEN, Víctor. «El proceso en la ley de Sociedades Anónimas (Estudios sobre los artículos 67 a 70)», Bosch, Barcelona, 1954; 204 páginas.

Uno de los autores del Anteproyecto decía que fué propósito de la Comisión redactora del mismo «modelar un procedimiento que por su agilidad sirviera los designios de rapidez, que son connaturales con el tráfico mercantil, sin sacrificio ni mengua del derecho de defensa.» (Cfr. Plaza. «Las acciones de impugnación contra los acuerdos sociales», RDP., 1948, páginas 414.) En el texto definitivo, el procedimiento especial creado ocupa los artículos 67 a 70.

Ya se puso de relieve en este mismo Anuario la extraordinaria importancia del tema, pues «de la regulación dada a esta cuestión dependerá que las Sociedades Anónimas puedan vivir sin sobresaltos indebidos o en zozobra perenne, y que tengan la necesaria agilidad de decisión, o tropiecen con entorpecimientos enervadores a cada paso». (Pérez Serrano: «Impugnación de los acuerdos sociales de las Juntas generales de las Sociedades Anónimas», ADC., II-IV, págs 1334.) Ahora el profesor Fairén, sin

construir un Tratado, nos ofrece un adelanto, con fines prácticos, de sus meditaciones acerca de un interesante grupo de cuestiones que el nuevo proceso especial suscita.

En principio, parece susceptible de crítica el hecho de que con el nuevo proceso ha venido a aumentarse nuestra ya abundantísima flora procedimental; además, se introducen innovaciones de interés, poco experimentadas en España, como la supresión de la segunda instancia. Es grave la afirmación contenida en la Exposición de motivos de ser plañtónica la defensa de los derechos de las minorías a través del juicio de mayor cuantía, arquetipo de los juicios de LEC; la remisión de la regla 12 del artículo 70 a esta Ley, es fuente de problemas, puesto que el legislador al hacer tales remisiones, parece partir del supuesto de que la LEC es un cuerpo procesal homogéneo, lo cual es inexacto; el autor estima que tal remisión debe entenderse hecha al juicio de menor cuantía. Es censurable que la Ley de 1951 haya establecido, en este proceso especial, cláusulas generales que luego no desarrolla, como sucede con las figuras del litisconsorcio activo y de la intervención adhesiva litisconsorcial. Es elogiable la solución dada al problema de las costas, pero por culpa de la LEC se establece una desigualdad en este punto entre quien se vale del proceso especial y quien acude al juicio ordinario.

No parece que susciten muchas dudas las normas de competencia; alguna pudiera surgir en materia de embargo contra la sociedad solicitado preventivamente.

Interesantes son las cuestiones de la legitimación activa y pasiva en este proceso. El autor examina la legitimación de los accionistas en el proceso de impugnación y en el de nulidad, la de los administradores, según sean accionistas o no, la de los terceros (se les excluye del proceso especial, pero pueden acudir al juicio ordinario), la de los obligacionistas (a quienes se aplica idéntica solución, la del nudo propietario (el usufructuario es considerado como tercero a estos efectos) y la de la sociedad cuando son los administradores los que litigan contra ella.

La principal aportación del profesor Fairén creemos que se contrae al estudio del litisconsorcio y de la intervención adhesiva de los accionistas a favor de la sociedad demandada, cuestiones que estudia en los capítulos IV y V.

La regla primera del artículo 70 de la ley, comienza diciendo: «Todas las impugnaciones relativas a un mismo acuerdo se sustanciarán y decidirá en un solo proceso.» Como no se dice más sobre esta figura procesal y la LEC no la regula sistemáticamente, entiendo el autor que será preciso acudir a los lugares en que aisladamente se dieran normas para este caso y aplicarlas analógicamente. Fairén estudia con detalle la capacidad de los litisconsortes y la representación de los inactivos por los diligentes, ocupándose también de las costas.

La figura de la intervención adhesiva está recogida en la regla quinta del artículo 70 al disponerse que «los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener la validez del acuerdo». La laguna de la LEC debe suplir-

se con los principios que regulan la figura del coadyuvante en lo contencioso administrativo y con la escasa jurisprudencia del Tribunal Supremo; el autor estudia con detalle las diversas figuras de intervención adhesiva, y las circunstancias, forma, alcance y efectos de la misma, con especial aplicación al proceso especial en materia de Sociedades Anónimas.

Estudia también Fairén los principios de eventualidad y concentración en el nuevo proceso, las singulares medidas cautelares que se establecen en relación con la posibilidad de suspender el acuerdo impugnado y la desaparición de la apelación en cuanto al fondo. En este último punto, hace el autor extensas consideraciones acerca de las ventajas e inconvenientes de esta supresión, destacando también el contraste que se va a producir entre el proceso especial en única instancia, y el ordinario sobre esas materias con doble instancia.

Aunque esperamos del autor un estudio completo sobre el tema, el presente ensayo ha de servir seguramente para orientar a quienes deban enfrentarse con el nuevo proceso.

Gabriel GARCIA CANTERO

FORSTHOFF, Ernest: «Lehrbuch des Verwaltungsrechts». I. Allgemeiner Teil. 4.ª ed. München y Berlín, 1954. Ed. C. H. Beck; un volumen de 475 págs.

En los momentos presentes, cuando se habla de una «administrativización» del Derecho Civil y, en general, del Derecho privado, por esta subversión e imposición del Derecho adjetivo sobre el sustantivo, producto del aumento de la masa reglamentada y del alumbramiento de nuevas instituciones frente a relaciones inadvertidas por la dogmática tradicional, se vuelve a replantear e insistir sobre la cuestión fundamental de la caracterización de una ciencia específica, ahora la del Derecho administrativo. El problema tiene su importancia por la conexión que tradicionalmente mantuvo con las instituciones del Derecho Civil, al estilo de las obras de Mayer o Jellinek (Georg).

Actualmente, el ilustre profesor Forsthoff, extremando la posición autónoma, ya mantenida por Walter Jellinek, nos presenta, en la última edición de su obra, con ese estilo sugerente y elegante de los grandes pensadores, una formulación completa de la parte general de la ciencia administrativa. Para el civilista de la hora actual, la obra constituye una aportación interesante, no tan solo por el cúmulo de sugerencias que ella entraña, sino para tomar partido en la cuestión polémica en torno a la caracterización autónoma del Derecho administrativo. La postura del autor es la de que el Derecho administrativo constituye una rama independiente con principios propios. Para él la lógica que caracteriza el Derecho administrativo tiene una razón de ser en virtud de sus funciones específicas. Ciertamente, se mantiene en una línea correcta y sugerente en cuanto a su aspecto constructivo. Los materiales reunidos en esta obra, con especial referencia a la progresiva y hoy fundamental doc-

trina francesa, así como el esfuerzo constructivo que realiza el autor, son espléndidos y dignos de admiración.

A nuestro juicio, sin embargo, una quelebra se advierte en esa pretendida desvinculación del Derecho administrativo del Derecho privado y construída como rama completamente independiente. Y es cuando el autor, a la hora de tener que «conformar», de dar forma y estructura a las nuevas instituciones que la dogmática administrativa de vida tiene que acudir a las «formas» del Derecho privado. Ello nos demuestra que si la caracterización del Derecho administrativo viene impuesta por la funcionalidad que ha de desarrollar, no por ello viene desvinculado de su centro común, cual es el Derecho Civil. Dentro de la ontología jurídica sus «formas» coinciden, son las mismas que las del Derecho privado; ahora bien, su contenido, su función, su cometido y su fin, están dirigidos en el sentido específico de su «adjetividad» en la esfera de actuación de la persona. Y la base en el orden fundamental de los derechos de la persona los aporta y aportó, tradicionalmente, el Derecho Civil.

Son conclusiones que es necesario no olvidar en unos momentos en que si bien es necesario reconocer la caracterización de las relaciones administrativas, tampoco se puede olvidar—en esta «bruta especialización» que ya señaló nuestro Ortega—la unidad y la subversión de valores de las mismas dentro del sistema total en que vienen encuadradas. De ahí que cuando se habla de «administrativación» del Derecho Civil, por este avance de las normas administrativas sobre las privadas, responda a la necesidad sentida en la vida de la organización práctica de dotar de un orden a aquellas relaciones producto de nuevas situaciones originadas por la complejidad creciente de la vida estatal. La dogmática tradicional, insuficiente en su contenido, no posee las normas suficientes para atender a las actuales colisiones. Ahora bien, las «formas» perennes que ha dado advierten la necesidad de ser tomadas en cuenta.

Lo que el profesor Forsthoﬀ exactamente reconoce es la necesidad de acudir a estas «formas», sin embargo, con su visión unilateralmente especializada, trata de que el Derecho administrativo adquiera y esté dotado de una completa autonomía e independencia desconectándolo de su originaria procedencia.

Al momento de redactar estas líneas tan sólo queremos hacer resaltar para el civilista español la necesidad de tomar en cuenta las sugerencias y conclusiones que el docto profesor aporta en su obra. La rica problemática que esta teoría general contiene supone un punto de meditación en las actuales metamorfosis del Derecho.

Las cuestiones sistematizadas se refieren a los «límites» y «particularidad» de la Administración, las épocas de la historia moderna administrativa, la historia de la ciencia jurídica administrativa, la estructura de la Administración moderna, la dependencia e independencia de la Administración, Justicia y Administración, las fuentes del Derecho administrativo, los valores espaciales y temporales de la formación del Derecho administrativo, el campo fundamental de aplicación, las obligaciones administrativas, los actos administrativos, los actos defectuosos de la Admi-

nistración, la estabilidad jurídica de los actos administrativos, la forma de los negocios jurídicos mercantiles, la fuerza de la Administración, la responsabilidad estatal, las indemnizaciones por usurpaciones legítimas, la inocente y arriesgada responsabilidad de las operaciones ilegales, el Derecho de las cosas públicas, obligaciones especiales en los usos comunes de las cosas, el derecho de organización, la división de la estructura de la Administración, la administración estatal indirecta y sus divisiones, el sistema de las protecciones, reclamación y quejas, organización y tareas de los Tribunales administrativos y los principios de los procesos contencioso-administrativos.

Destacan con particular interés para el civilista el parágrafo cuarto del capítulo primero y el apartado quinto del parágrafo veinte y cuatro del capítulo quinto, donde se exponen los problemas de la estructura y de la forma del Derecho administrativo en conexión con el sistema jurídico general y, en especial, con el Derecho Civil.

José BONET CORREA

GARRIGUES (J.): «Negocios fiduciarios en Derecho mercantil». Discurso de recepción en la R. A. de J. y L. Contestación del Excmo. Sr. D. José Castán. Madrid, 1955; pág. 135.

Faltaba en la doctrina española—cuyas aportaciones en este sector son recientes—una exposición de conjunto de la teoría del negocio fiduciario en el campo del Derecho mercantil.

El autor da por conocida la teoría de los negocios fiduciarios y, delimitado el concepto, siguiendo la doctrina romanística clásica, por estimar no adaptable al espíritu del derecho continental la estructura de la fiducia de tipo germánico, se plantea la discutida cuestión de su naturaleza causal o abstracta. Para el autor, ni el Derecho español admite los negocios de carácter abstracto, ni el negocio fiduciario pertenecería a los de esta clase.

La causa fiduciae, encuadrada en el artículo 1.274 C. c., identificada con la finalidad de mandato o garantía, es la causa de este negocio complejo que denominamos fiduciario. Se llega así a la misma conclusión del T. S. en su sentencia de 25 de mayo de 1944, favorable, a su validez, cuando no envuelve fraude a la ley. La ley española—dice el autor—mantiene frente a los negocios fiduciarios una actitud que, siguiendo la terminología de Franceschelli, denomina neutral.

Los supuestos más frecuentes de negocios fiduciarios en el ordenamiento jurídico mercantil español, se recogen en el capítulo III y, en particular, las llamadas «Sociedades fiduciarias» y los «servicios fiduciarios» de los Bancos, entre los que pueden incluirse, dice, sin violación de las normas del C. c., las funciones propias del albaceazgo testamentario. Se analizan los supuestos del Sindicato de Accionistas, del que se excluyen las notas del negocio fiduciario y la fundación fiduciaria de Sociedad mercantil, con particular referencia a los problemas de la licitud y de la responsabilidad de la fundación, y los endosos plenos de un título-valor con el simple fin de man-

dato o de garantía, apuntándose las diversas teorías en torno a su naturaleza jurídica, para reiterar su conocido punto de vista de que en esta clase de endosos el endosatario actúa como un comisionista suele actuar, en nombre propio y por cuenta ajena, de donde deriva su doble posición: externamente, titular pleno de todos los derechos de la letra; internamente, el endosante sigue siendo el propietario de la letra, y el endosatario, al ejercer los derechos derivados de ella, debe someterse a las instrucciones que el endosante le dió, teniendo en cuenta principalmente los artículos 463 y 246 del C. c. Para el caso de quiebra del fiduciario, en el supuesto de los endosos plenos con fines de cobranza y, en general, de las transmisiones fiduciarias, el autor entiende que para eludir conclusiones, demasiado duras para el endosante con fines limitados a la cobranza de la letra, habría que recurrir a la construcción de este endoso, como un supuesto de comisión «nomine proprio», aplicando, por analogía, el número 4 del artículo 909 C. de C., considerando que el quebrado tiene en su poder la letra por comisión de entrega, entendiéndose que sólo así se salvarían las desastrosas consecuencias que el mecanismo del negocio fiduciario produce para el endosante en caso de quiebra del fiduciario.

Teniendo en cuenta que la legislación española como, en general, las legislaciones románicas, se limitan a ofrecer a los interesados, de una parte, las normas que regulan la propiedad de las cosas, y de otra, las normas generales de la contratación que obligan al contratante a cumplir lo convenido y a indemnizar, en otro caso, sin dotar al beneficiario de una protección jurídica enérgica cuando el fiduciario no se conduce de una manera adecuada a los fines que constituyen la causa del negocio, es lógico que el autor se plantee, de «iure condendo», el problema de la posibilidad y conveniencia de importar al Derecho español la institución del «trust» anglosajón. La conclusión negativa a que llega se basa en la consideración de que si se analizan las ventajas asignadas al «trust» sobre las instituciones tradicionales, se puede comprobar que todas se cifran en algo que, o bien es un mero retoque de lo ya conocido, o algo incompatible con los principios cardinales del Derecho de obligaciones o de cosas.

El Excmo. Sr. D. José Castán, presidente del T. S., en su discurso de contestación, apuntó los datos biográficos que muestran los extraordinarios méritos científicos del nuevo académico en la cátedra, en la abogacía y a través de su producción sistemática y monográfica, para terminar glosando el discurso de recepción.

Evelio VERDERA y TUELLS

LEHMANN, Erbrecht (§§ 1.923-2.063): «Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. XI edición, t. V-1.» Berlín, 1954. Un fascículo de 450 págs.

La destacada personalidad del profesor Lehmann resalta una vez más en la labor que realiza a estos comentarios de la obra de Staudinger. La materia que ahora trata se refiere al Derecho hereditario, y en ella vuelve a afirmarse esa fama bien merecida que en el campo de la civilística

europea tiene ganada. La profundidad científica, así como su habilidad en el conocimiento de las cuestiones prácticas, hacen de la obra un trabajo de aportación fundamental.

Los comentarios del profesor Lehmann tienen una doble faceta: por una parte ha reproducido la historia del desarrollo y desenvolvimiento de las materias tratadas a base de los materiales empleados para la legislación, con lo que hace posible la comprobación de la voluntad legislativa respecto de las dudas que plantea la interpretación; por otra parte, se recogen las cuestiones y problemas de más actualidad. Así, aparecen los referentes a la nueva legislación que coloca en un plano de igualdad a la mujer y al marido, las leyes matrimoniales, las que se refieren al procedimiento comparado, las cuestiones derivadas del régimen militar de ocupación, el derecho de divisas y las consecuencias del nuevo régimen monetario de conversión. Junto a estas materias se recoge también no sólo el Derecho común vigente, sino también el Derecho comparado de las dos grandes jurisdicciones de la nación alemana: el perteneciente a la República Federal Alemana de la zona occidental frente al que dicta la República Democrática Alemana, de la zona oriental soviética.

En la obra de comentario del profesor Lehmann destacan los problemas críticos que de «lege ferenda» propone en torno a determinadas posiciones del Derecho sucesorio de los hijos ilegítimos, así como lo referente a la reorganización del Derecho hereditario de los padres. Al lado de las aclaraciones al derecho formal se incluyen por el autor las explicaciones a las disposiciones formales que tienen mayor importancia para el jurista práctico.

Las indicaciones preliminares a cada una de las secciones en particular, contienen un resumen sobre la materia tratada. Las advertencias a cada una de las cuestiones sobre las disposiciones testamentarias contienen, igualmente, un resumen particularizado de las disposiciones legales testamentarias permitidas, la limitada posibilidad de disposición de cosas por el testador y la disposición del Tribunal de arbitraje, y también una posición frente a las disposiciones testamentarias durante la vida de los negocios y las disposiciones hechas en contratos de sociedad. Las disposiciones referentes a la aceptación de la herencia y las decisiones del Tribunal de la misma son tratadas con todo detalle.

El profesor Lehmann toma posición ante las discusiones que se refieren a las disposiciones sobre la responsabilidad del heredero, así como el problema absoluto, pero concretamente efectivo y coherente, que se refiere a las instrucciones del proceso en la configuración sucesoria dentro de la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria y expone su criterio con una completa y exhaustiva crítica de las normas legales. En la cuestión que concierne a la naturaleza jurídico-material de la réplica, lo mismo que en el problema de su dilación, adopta una postura negativa. Respecto a la pretensión de la herencia cree que frente al derecho del heredero está el derecho de la totalidad universal. Las advertencias que hace sobre la pluralidad de herederos contienen un resumen sobre la tarea de la comunidad hereditaria, así como las que se refieren al diverso desarrollo de

las disposiciones sobre el tema de la comunidad hereditaria. También acomete con su fina apreciación crítica lo regulado en el B. G. B. sobre estas materias, y hace el cuadro sinóptico sobre las disposiciones legales y las excepciones a la sucesión universal.

Son materias magnificas tratadas por el autor las que hacen referencia al conflicto planteado por la naturaleza de la comunidad en mano común, las de la posibilidad de disposición del heredero, así como los compromisos de compensación entre los coherederos. Por último, el profesor Lehmann trata en estos comentarios, con profundidad, las materias concernientes a la responsabilidad de los deudores universales en la relación externa del heredero frente a los acreedores de la herencia y en la relación interna del heredero a título particular.

José BONET CORREA

LLANOS GONZALEZ, A. de: «Teoría y práctica del Derecho Usual español». Escélicer, S. L., s. f.; 955 págs.

Hay que reconocer que es un tanto ambigua la expresión «Derecho Usual»; lo que el autor entiende por ella son los asuntos civiles de carácter contencioso que se tramitan ante los Juzgados de Primera Instancia, ante los Municipales, Comarcales y de Paz, determinadas escrituras que se formalizan ante Notario y las cuestiones laborales; claro es que también podrán incluirse bajo aquella dominación las cuestiones referentes al proceso penal, a la jurisdicción voluntaria o a la materia contencioso-administrativa.

Sustancialmente la obra se reduce a ser un Manual de Formularios, pues el comentario doctrinal es muy leve, y la jurisprudencia extractada de escaso valor.

Los formularios son aceptables en su conjunto, pero quizá merecerían algún ligero retoque: por ej. (pág. 65), los exhortos se dirigen en nombre de S. E. el Jefe del Estado, y no como se dice, en nombre del Excentísimo Sr. Jefe del Estado; nos hubiera gustado que en el modelo de sentencia de la página 190 se hiciera alusión al menos—pues la cosa es muy discutida—el resultado de hechos probados; asimismo, falta el considerando sobre las costas en la misma sentencia citada; finalmente, en el modelo de acta de juicio en el proceso de cognición (pág. 711) se alude a la «réplica y duplica» con el riesgo de desorientación acerca de la admisibilidad de esos trámites en tal juicio.

G. G. C.

MARI CLERIGUES, Juan Bautista: «Manual de delitos y faltas». (Extracto de las disposiciones legales vigentes.) Madrid, 1954; 1.179 págs.

Ya se cuida el autor de esta voluminosa obra, con lealtad digna del mayor encomio, de advertirnos en el prólogo, su propósito y los destinatarios de la misma; conducta que contrasta con la de quienes rotulan con

títulos magníficos obras que defraudan apenas abierta la primera página. El Sr. Mari Clérigues ha tratado de facilitar la labor de los miembros del benemérito Cuerpo de la Guardia Civil, y, en general, de cuantos ejercen funciones de agente de la autoridad, poniendo a su alcance, en forma de extracto, todas las cuestiones de índole penal y administrativo en que deben intervenir por razón de su cargo. La materia—copiosísima—se ordena en diez libros, y en cada uno de ellos se expone por orden alfabético para mayor utilidad en el manejo.

Todo cuanto contribuya a una administración más perfecta de la Justicia, debe merecer nuestro aplauso, y por ello felicitamos al autor que ha escrito su obra pensando en los más modestos—pero no por esto menos importantes—auxiliares de aquélla.

Otra consideración nos sugiere la lectura de esta obra: al comprobar la tarea verdaderamente ingente que pesa sobre los agentes de la autoridad, sobre todo por la acumulación de la materia administrativa, no puede menos de pensarse en la urgencia—tantas veces notada—de disponer de una Policía judicial «exclusivamente» dedicada a la persecución de los hechos punibles, y a las órdenes directas de las autoridades judiciales.

G. G. C.

OSTLER, Fritz: «*Einzelschuldverhältnisse* (§ § 433-490). *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. XI ed. Tomo II-2.^a Berlín, 1954; un fascículo de 348 págs.

Con renovado brío aparecen las nuevas reimpresiones del ya clásico comentario al B. G. B. de Staudinger. Ahora estas nuevas elaboraciones son compuestas por prestigiosos juristas del país que se han destacado por una especial dedicación en ciertas materias jurídicas. La necesidad de complementar el texto, siempre perenne del B. G. B. con las nuevas adiciones legales, lleva a una serie de autores a la labor de actualización de las materias tradicionales del Derecho Civil y a recoger los dictados de la jurisprudencia según las nuevas necesidades ambientales y sociales. La nación alemana, después del segundo conflicto mundial, permanece en una situación mutilada y ambigua que crea en la práctica del desarrollo jurídico cotidianos conflictos. En la esfera civil las nuevas experiencias enriquecen la problemática tradicional con soluciones propias. Las leyes de las fuerzas de ocupación, las que reorganizaron el sistema monetario, las que se refieren a la ayuda contractual o a la aplicación del método comparado son lo suficientemente relevantes (si se citan ejemplos concretos) para advertir las nuevas relaciones existentes.

El Dr. Ostler elabora la parte que se refiere al comentario de los párrafos 453 al 480 del B. G. B., correspondientes a las relaciones obligatorias en particular. Recuerda el autor cómo esta materia sufrió bajo el régimen nacionalsocialista un duro golpe, tanto como el sistema general del Derecho Civil. Así, concretamente se puede apreciar en lo que se refiere al principio de autonomía de la voluntad en la contratación, en lo

concerniente a los precios a través de las cuestiones jurídico-públicas, en la economía alimenticia y, especialmente, el haber adaptado el Derecho de cosas inmuebles según las necesidades oficiales e interviniendo decididamente en materia de suministros generales y en las condiciones negociales.

Los comentarios a las «disposiciones generales» que hace el autor implican una concreción y síntesis de los conceptos más esenciales en materia contractual. tratándose en particular, dentro del ámbito contributivo, la materia de impuestos que tiene un reflejo teórico y práctico dentro de la polémica actual en torno a estas cuestiones. Esta obra de comentario tiene, además, interesantes aportaciones en materia de indemnización a consecuencia de la lesión contractual o de deudas por elevadas contrataciones y, especialmente, en lo que se refiere a la garantía a causa de defectos en las cosas.

La nueva edición de estos comentarios sigue la misma forma y estructura de la décima, sin embargo, aporta modificaciones esenciales en lo que concierne a las experiencias del desarrollo jurídico. Así, por ejemplo, se advierte un mejoramiento en lo que se refiere a la materia de imprevisión y una mayor amplitud en las cuestiones procesales. Las cuestiones de reserva de propiedad están particularmente detalladas en materia de compraventa, así como lo que atañe a las reservas excesivamente dilatadas y el efecto de las reservas tratado en los procedimientos de concurso y arbitraje.

Los comentarios de Ostler aportan el reflejo de los nuevos conflictos que la práctica de las actuales situaciones ha originado en el campo obligaciones y contractual. De aquí la importancia e intereses que ellos tienen, especialmente por la forma sugerente con que los ha abordado

J. B. C.

POUND, Roscoe: «El espíritu del «common law»; traducción de José Puig Brutau. Bosch, 1954, 219 págs.

Nadie negará que Roscoe Pound es una de las figuras más prestigiosas en el mundo jurídico anglosajón, de renombre internacional (1), y que esta vez ha encontrado un buen traductor en la persona de Puig Brutau, quien al mismo tiempo que ha cultivado el Derecho civil español, viene dedicándose al Derecho comparado, y singularmente al Derecho anglosajón. Por otro lado, y admitido el hecho de que en nuestra patria está de moda el Derecho anglosajón, hay que concluir que ha sido un acierto darnos a conocer el espíritu del «common law», tal como lo entienden sus juristas.

Nos advierte el propio autor en el prefacio que ha puesto a la edición

(1) Cfr. el volumen que, como homenaje en su 75.º cumpleaños, le dedicaron juristas de todo el mundo: "Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in honor of Roscoe Pound", New York, Oxford University Press, 1947, con trabajos de Kelsen, Del Vecchio, Jaeger, Frank.

española, que el libro fué publicado en 1921, si bien algunas de las conferencias que lo componen fueron pronunciadas en 1910.

La obra se compone de ocho capítulos, que tratan, respectivamente, de las siguientes materias: El elemento feudal, el puritanismo y el derecho, los Tribunales y la Corona, los derechos de los ingleses y los derechos del hombre, los pioneros y el derecho, la filosofía del Derecho en el siglo XIX, empirismo judicial, razón jurídica.

En el citado prólogo del autor se contiene una profesión de fe en el Derecho anglosajón: «tenemos motivos para confiar en que la técnica del «common law», la manera de aplicar la experiencia a nuevas situaciones, de buscar su desarrollo de manera racional y de someter la obra de la razón a la prueba de la ulterior experiencia, permitirán al jurista americano triunfar en la empresa de situar al «common law» a la altura de las necesidades de esta hora, de la misma manera que nuestra tradición jurídica ha podido superar en el pasado otros cambios no menos graves».

Juzgamos del mayor interés la lectura de esta obra, para un adecuado conocimiento del Derecho anglosajón.

Gabriel GARCIA CANTERO

SALAZAR ARIAS, José V.: «Dogmas y cánones de la Iglesia en el Derecho romano». Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954; 358 págs.

Nos hallamos en presencia de una obra notable por diversos conceptos: por su excelente documentación que revela en su autor un profundo conocimiento de las fuentes romanas y canónicas, por su elaboración meditada que convierte en definitivas muchas de sus conclusiones, por la importancia del tema, que trata, nada menos, de analizar las influencias de las enseñanzas y leyes de la Iglesia en lo que se ha denominado Derecho romano-cristiano; es decir, el perteneciente al período que corre desde la conversión de Constantino (313) hasta la muerte de Justiniano (565).

La influencia ejercida por el Cristianismo en el Derecho romano es un hecho que hoy no se discute; pero bueno será recordar que en la Edad Moderna ha habido tres corrientes principales: la de los que negaron el influjo cristiano, la de los que, afirmando su existencia, lo consideraron perjudicial al Derecho romano, y la de quienes lo afirmaron defendiéndolo resueltamente. En el primer grupo hay que incluir a la Escuela histórica alemana que en gran parte se fundamentaba en negaciones apriorísticas, acudiéndose a la influencia helénica—por otro lado, innegable—para explicar la evolución del Derecho romano. En el segundo se comprenden autores de la escuela italiana moderna, como Arangio Ruiz y Bonfante, llegando el último de los citados a afirmar que «la influencia del Cristianismo se ejerció en no muy grande medida, pero siempre de manera disolvente en el desarrollo del Derecho». En el tercer grupo deben colocarse todos aquellos que, afirmando la influencia cristiana, demuestran los grandes bienes que el Cristianismo aportó al Derecho romano; aquí deben

· menciónarse los nombres ilustres de Biondi, Riccobono, Brassiello, Albertario, etc.

Hoy se dispone de una abundante documentación romanista y canonista y es posible, con probabilidades de éxito, acometer la empresa. El autor lo ha hecho con indudable acierto, a nuestro entender.

El método utilizado consiste en exponer paralelamente el panorama que ofrece el mundo canónico y el romano, para analizar luego las mutuas influencias. Así, después de unos apuntes introductorios sobre el absolutismo imperial romano y su evolución bajo los Emperadores cristianos, considerado en relación con el problema de la recepción de los dogmas y cánones, dedica el autor un capítulo a las fuentes del Derecho eclesiástico en los siglos IV, V y VI, y otro a las fuentes del Derecho romano-bizantino; luego hace lo propio con las definiciones dogmáticas y las leyes de la Iglesia obligatorias para todos los cristianos, que con seguidos del estudio de su proyección en el Derecho romano. En esta punto, la Constitución «Cunctos populos» de Teodosio I, suscita un grave problema interpretativo al determinar explícitamente la obligación de todos los súbditos de abrazar el Cristianismo, y que el autor resuelve acertadamente. Finalmente, y utilizando el mismo sistema comparativo, el autor expone la disciplina del clero y de los fieles, y la notable institución conocida con el nombre de «*Episcopalis audientia*».

A manera de epílogo se expresan, entre otras, las siguientes conclusiones: Que la actividad legislativa de la Iglesia en los siglos IV, V y VI fué amplia, colocando en muchas instituciones las bases actuales. Que la recepción de los dogmas, y sobre todo de los cánones eclesiásticos, enriqueció sobremanera el Derecho romano, abriendo una era del todo nueva en la historia del Derecho y dando lugar a fenómenos jurídicos que todavía persisten o se repiten. Que el fenómeno jurídico de la recepción significó el más amplio reconocimiento, por parte de los Emperadores, del poder legislativo de la Iglesia. Que los problemas de convivencia de las leyes canónicas con las ordenaciones de los diferentes estados, ya se vislumbran en toda su integridad durante este período, de modo que su estudio presenta hoy gran utilidad.

Sería ocioso que nosotros pusiéramos ahora de relieve la cantidad de Derecho romano y de Derecho canónico que existe en las raíces de nuestro Derecho civil. La lectura de esta obra nos hará ver la enorme labor de la Iglesia en la cristianización del Derecho romano, y de la cual habíamos de beneficiarnos nosotros.

Sólo nos resta felicitar al doctor Salazar Arias y a la Editorial Reus por haber ofrecido al público de habla española una obra magnífica, excelentemente presentada.

G. G. C.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «*Dottrine generali del Diritto civile.* Napoli. Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1954; 295 págs.

La literatura jurídica italiana, estos últimos años, se manifiesta en una riquísima floración de estudios monográficos, acelerado «crescendo» en número e ingeniosa sutileza. Este aspecto, el más llamativo para el estudioso extranjero, no debe hacer olvidar otro, el de los tratados y obras institucionales, en las que se mantienen y perfilan las líneas del sistema unitario del Derecho. No se peca, pues, de injusto cuando se dice que en estos libros es donde se mantiene con mayor fidelidad la tradición de los grandes maestros; en todo caso, en ellos se refleja el Derecho como se enseña en las aulas y como se aplica por los tribunales.

Las «Istituzioni di diritto civile» de Santoro-Passarelli han aparecido ya en tres ediciones (1944, 1945 y 1946): ahora se ha impreso de nuevo con el título de «*Doctrinas generales del Derecho civil*» por haber abandonado el autor su antiguo propósito de una exposición institucional completa. Entiende que las doctrinas sobre la noción del Derecho, sus partes, fuentes e interpretación, corresponden a la teoría general del Derecho, aunque tradicionalmente se expongan en los tratados de Derecho civil. Por ello, limita su estudio a la doctrina de las personas, cosas, relaciones y hechos jurídicos, destacando especialmente el negocio jurídico.

Esta obra de Santoro-Passarelli se recomienda por su claridad expositiva, excelencia didáctica (manifestada, incluso, tipográficamente), y por la autoridad con que afirma su criterio, siguiendo sin vacilaciones el propio camino entre las discusiones carentes de interés práctico. La utilidad de esta edición se acrece por la cuidada selección bibliográfica; respecto de cada una de las materias tratadas, se mencionan las obras italianas fundamentales, y en especial las más modernas, de modo que se orienta con exactitud al lector que quiera estudiar especialmente una cuestión determinada.

C. B.

SANTOS Y PASTOR, Angel: «*Normas aclaratorias sobre la Ley de 15 de julio de 1954.* Un folleto de 26 de págs. Valladolid, 1955.

El señor Santos y Pastor, siempre en la brecha del comentario a las disposiciones de arrendamientos, ha editado este folleto de estudio de la Orden de 12 de enero de 1955 sobre conversión a trigo de rentas anteriores a 1 de agosto de 1942, pactadas en especie distinta y del Decreto de 17 de diciembre de 1954, sobre normas de aplicación de la ley de 15 de julio de 1954, sobre acceso a la propiedad. Se trata de un estudio de idénticas características que los anteriormente recensionados de este autor, que viene a completar y poner al día sus anteriores publicaciones a las que constantemente se remite.

I. S.

SEYBOLD, Karl: «Erbrecht (§ § 2.064-2.196). Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen». XI ed. Tomo V-I, entrega 4.ª Berlín, 1954; un fascículo de 380 págs.

Una de las materias del Derecho civil que hoy en día necesitaba en Alemania de una nueva interpretación es la correspondiente a la parte de las disposiciones testamentarias. La actual situación bipartita del territorio alemán, con sus dos constituciones diferentes, las nuevas disposiciones del gobierno militar de ocupación, así como las recientes reformas introducidas en el Derecho de familia, igualando la posición de la mujer frente al marido, han hecho necesaria una interpretación actual de los textos legales y también de aquellos que han permanecido y coexisten con los nuevamente promulgados.

En la parte correspondiente al Derecho hereditario de la clásica obra de Staudinger, y a continuación de la labor realizada por el profesor Lehmann, colabora en la undécima edición el prestigioso notario Dr. Seybold. Su estudio se concreta a los parágrafos 2.064 hasta el 2.196 del B. G. B., que comprende las disposiciones generales sobre testamentos, la sustitución hereditaria, las disposiciones anteriores y posteriores a la sucesión, los legados y las mandas.

Con relación al problema fundamental, derivado de la situación dividida de Alemania, acerca del criterio a seguir en el Derecho sucesorio, respecto de la doble legislación existente, y cada vez más opuesta, de la República Federal Alemana y de la República Democrática Alemana, el autor cree que para el Derecho hereditario, y especialmente en materia testamentaria, habrá de aplicarse el Derecho del último domicilio del testador. Tal es la solución que aporta el artículo 24 de la «Ley de Introducción» al B. G. B. y que Seybold cree vigente con la máxima eficacia. Y respecto de la forma admite como suficiente las normas de las disposiciones establecidas en los Decretos especiales a causa de muerte.

En materia de legados y mandas el autor ha realizado una labor profunda y completa. Las polémicas surgidas en la doctrina alemana en torno a la naturaleza jurídica de estas últimas le conducen a un estudio más a fondo.

En estos comentarios del Dr. Seybold se insertan interesantes suplementos, especialmente los que se refieren a los casos más importantes que hacen referencia a las leyes hereditarias y a las nuevas disposiciones elaboradas para su empleo. Además, el autor es un experto en las leyes de reorganización monetaria, y las cuestiones de ella derivadas, así como de las materias contenidas en las nuevas disposiciones sobre la nivelación de cargas o gravámenes por efecto de la guerra, sobre todo en las relaciones anteriores y posteriores a la sucesión. Igualmente son tratadas con particular atención las relaciones que hacen referencia al heredero frente a la aceptación de la herencia y a las facultades del testatario.

Son objeto de su comentario las nuevas leyes del gobierno militar de ocupación, las leyes sobre restitución a consecuencia de la nueva ordenación monetaria, las de ayuda contractual, la legislación de divisas y las

nuevas leyes correspondientes a los miembros de la familia en aquellas partes que conciernen a la sucesión. Especial atención merece para el autor la Ley de 5 de marzo de 1953 para el logro de la unidad legal en materia sucesoria. Según Seybold, resultan abolidas las antiguas disposiciones de las normas testamentarias contenidas en el B. G. B. y son sustituidas por las renovadas.

Se puede decir de éstos comentarios que al lado de su solidez científica se une una gran utilidad práctica, pues en la obra se hace constante referencia y se traen ejemplos de la práctica de los Tribunales en aquellas cuestiones más difíciles y fundamentales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (Bundes Gericht Hof) viene perfectamente recogida. Esta obra de comentario supone un buen ejemplo para el jurista español, sobre todo en lo que se refiere a su técnica, tan olvidada después de nuestros primeros comentarios al Código Civil.

José BONET CORREA

TAPIA SALINAS, Luis: «La regulación jurídica del transporte aéreo». Ministerio del Aire y C. S. I. C. Madrid, 1963; 605 págs.

El autor de esta obra es un especialista en el Derecho Aeronáutico; el tema que aborda—salvo el trabajo de Castro Rial («El transporte aéreo», «Revista de Derecho Mercantil», 1947; págs. 175 y ss.)—era absolutamente virgen en la doctrina española; la materia del Derecho Aeronáutico (cfr. el trabajo sobre el mismo de M. Gordillo, en la Nueva Enciclopedia Jurídica), se encuentra en los balbuceos de su formulación legislativa, hasta el punto de que nuestra Ley de Bases de 27 de diciembre de 1947 todavía no ha sido objeto de desarrollo; finalmente, la realidad social nos muestra el hecho inescusable de que el transporte aéreo es ya una forma ordinaria de viajar, habiéndose incorporado definitivamente al modo moderno de vivir. Se comprenderá, pues, la avidez con que el lector acomete la lectura de obras como la presente.

Y no se siente defraudado; a medida que avanza en ella, se va desvaneciendo la impresión de que el autor ha dado extensión desmesurada a la obra, pues se comprende la necesidad de haber tratado previamente de las fuentes, por ejemplo (principalmente de la Convención de Varsovia, y las Condiciones generales de la International Air Transport Association). El interés se acrecienta cuando, después de unas consideraciones generales sobre el contrato de transporte aéreo, emprende el autor la labor de desmenuzar lo que llama—acaso con expresión poco afortunada—«elementos lógicos del transporte»; con todo detalle se exponen las figuras de los sujetos, del objeto, de la causa, se analizan minuciosamente las circunstancias de lugar y tiempo del transporte, los efectos—a propósito de los cuales se estudia especialmente el problema de la responsabilidad—, dedicando una segunda parte de la obra—a la que quizá no cuadre el calificativo de «especial»—a los distintos contratos de transporte aéreo: el de personas, el de equipaje y el de mercancías. Como apéndice se in-

sertan: el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 (ratificado por España el 31 de marzo de 1930), el proyecto de reforma de este Convenio, elaborado por el Comité jurídico de la O. A. C. I. en su octava reunión de Madrid con las recomendaciones de la posterior reunión de París en 1952, y las normas pertinentes de la ley española de 1947.

Diffícilmente se presentará un problema que no tenga respuesta en esta obra, de donde se deriva su extraordinario valor práctico: por ello, por ser única en su género y por su excelente presentación, deben ser felicitados el autor y el organismo que la ha editado.

G. G. C.

TOLENTINO, Arturo M.: «Commentaries and jurisprudence on the Civil Code of the Philippines. Manila, Acme Publishing Company. I (artículos 1-413), 1953; 690 págs.; II (arts. 414-773).

Los juristas españoles nos hemos distraído demasiado en el estudio y cita de Derechos extraños y se ha descuidado, en cambio, la obra jurídica de los pueblos hermanos, hasta la de aquellos con los que tenemos textos legislativos comunes. La presencia en nuestra Universidad de estudiosos filipinos ha difundido el conocimiento del nuevo Código civil de las islas Filipinas. Lo que ya es algo, pero no es bastante. Su interés para el Derecho comparado, y para la misma ciencia jurídica española, es máximo. En Filipinas entran en contacto los sistemas jurídicos norteamericano e hispánico; el primero afirmado en el predominio político y la potencia económica; el segundo, sin más flador que la fuerza espiritual de la concepción católica. El nuevo Código conserva las líneas generales, gran parte del articulado y, en general, el espíritu del de 1889; mas con cambios y novedades importantes de vario origen. Siendo de advertir que varias de ellas coinciden con las soluciones propuestas en España por los autores y la jurisprudencia, y que algunas tomadas del Derecho americano se rechazan por la doctrina filipina como extrañas al sentir jurídico general y que se considera probable su eliminación en la prevista reforma del Código.

Hay otro aspecto del Derecho filipino que se debe volarar debidamente, es el de la ciencia jurídica filipina. El comentario del profesor Tolentino revela un nivel científico tan alto, que reclama la atención de los estudiosos del Derecho. En especial de los españoles, que verán en una nueva y aleccionadora perspectiva el articulado de nuestro Código civil.

Los «Comentarios y jurisprudencia respecto al Código civil de Filipinas» están redactados en la forma normal del comentario; pero, como dice su autor, tienen el valor y pueden ser utilizados como libro de texto para la enseñanza universitaria. Reúnen así las condiciones tan dispares del análisis minucioso de las cuestiones y la visión sintética del sistema. Es imposible hacer ahora y aquí un estudio detallado del contenido de la obra; bastará al objeto de esta nota, con algunas indicaciones de carácter general. Se van enunciando los artículos del Código, se señala su fuente y

el fin o razón del precepto, para después, en rúbricas esmeradamente escogidas, desmenuzar el alcance y contenido de la disposición. Con la peculiaridad, respecto a los comentarios europeos continentales, de la inserción de las sentencias más importantes con sus hechos y fallo. A su vez, se distingue de la literatura jurídica anglosajona, por la amplitud de su propósito, pues el autor se ha propuesto—nos dice—dar a conocer a los estudiosos del Derecho civil las opiniones de los comentaristas de los dos hemisferios y la jurisprudencia de los Tribunales de Europa y del Norte y Sur de América; y, en efecto, las principales obras de la doctrina española son utilizadas y citadas ampliamente.

Una lectura, aun apresurada y parcial, de esta extensa obra, será suficiente para advertir su importancia y para asegurar el provecho que han de obtener con su estudio los juristas españoles. Prueba de la fecunda madurez de la ciencia jurídica filipina, se espera con creciente impaciencia la publicación de los restantes tomos prometidos y que han de tratar de testamentos y sucesiones, obligaciones y contratos y de las materias especiales de la venta, representación, sociedades, etc.

C. B.

REVISTA DE REVISTAS (*)

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

ALFONSIN, Quintín: *Nota sobre las nuevas tendencias del Derecho privado Internacional.*—RFDM abril-junio 1954; págs 275-297.

La doctrina del Derecho privado internacional progresa rápidamente depurando su técnica. Pero la exposición de las últimas aportaciones científicas no ha logrado suplantar las bases medievales que le sustentan.

ARNÁIZ, Aurora: *El dualismo Estado-Derecho en su integración social.*—RFM, Tomo IV, núm. 14, abril-junio 1954; págs. 159-170.

Disquisiciones de matiz marcadamente positivista acerca de las relaciones entre Derecho y Estado.

BONET RAMÓN, Francisco: *Derecho natural y Derecho positivo.*—RDP, Año XXXVIII, núm. 453, diciembre 1954; págs. 1095-1110.

Después de aludir al Derecho natural en sentido amplio y estricto, examina los distintos conceptos que de él han existido a lo largo del tiempo (Edad Antigua, Media, Moderna, Escuela española, Escuela protestante, Escuela racionalista, Escuela histórica, Período científico y Fase actual). Ofrece el profesor Bonet su concepto y señala el carácter progresivo del Derecho natural; conceptúa el Derecho positivo e indica sus relaciones con el Derecho natural.

BOSCARELLI, Marco: *L'analogia giuridica.*—RTDC, Año VIII, núm. 3, septiembre 1954; págs. 623-659.

Estudio muy completo de la función de la analogía en el Derecho, con arreglo a este esquema: 1) El razonamiento análogo en la Lógica y en el Derecho. 2) Analogía e interpretación. 3) Analogía e invocación de los principios generales. 4) Analogía y lagunas del Derecho.

CARBONNIER, Jean: *¿Existe un derecho monetario?*—RFDBA, núm. 39, julio-agosto, 1954; págs. 657-665.

Encuentra el autor que en el conjunto de reglas de Derecho público o privado que tiene la moneda por objeto, existen todas las características necesarias para defender su autonomía, aunque reconoce que su sistematización científica está muy lejos de conseguirse.

(*) Vid. la clave de abreviaturas en el ANUARIO VIII, I, págs. 231-232.

CORONAS, Juan Enrique: *La reforma del Código civil.*—RFDBA, núm. 40, septiembre-octubre 1954; págs. 949-984.

Explica la necesidad de reforma del Código argentino de Vélez Sarsfield y propone el método de trabajo y algunas soluciones que se debe dar a instituciones reformables...

CORONAS, Juan Enrique: *La reforma del Código civil.*—RN, Año LVII, número 617, septiembre-octubre 1954; págs. 527-556.

Véase la reseña anterior.

COSSIO, Carlos: *Oliver Wendell Holmes, su dimensión nacional y su dimensión universal.*—RFDBA, núm. 39, julio-agosto 1954; págs. 667-687.

Biografía y esquema de las ideas jurídicas de este gran jurista americano.

COUTURE, Eduardo J: *Las jornadas de Derecho comparado de Montevideo.* L, 10 diciembre 1954; págs. 1-4.

Crónica de la organización, ponencias, discusiones, cursos y lecciones y clausura de las Jornadas desarrolladas desde el 27 de septiembre al 2 de octubre de 1954.

CUEVILLAS, Fernando N. A.: *Luis de Molina: el creador de la idea del Derecho como facultad.*—RFDBA, núm. 39, julio-agosto 1954; págs. 878-888.

Considera a Luis de Molina como el hombre que rompe con la tradición tomista y, aun sin proponérselo, al definir el Derecho como facultad, da pie a los sistemas jurídicos individualista y voluntarista del liberalismo del siglo XIX y a los materialistas del presente.

DEL VECCHIO, Giorgio: *Mutabilidade e eternidade do direito.*—BMJ, número 44, septiembre 1954; págs. 13-33.

Estudio filosófico y jurídico sobre las dos vertientes del Derecho: como luz natural de la razón y como manifestación histórica y positiva que concreta las reglas de la primera.

ESSER, Joseph: *Metodo e tecnica d'interpretazione nella giurisprudenza.*—NRD, volumen VII, fascículo 7-9, 1954; págs. 244-252.

Crítica de los postulados positivistas en materia de interpretación y consideraciones sobre la técnica y el valor de la actividad interpretativa del juez.

CASCÓN HERNÁNDEZ, Juan: *Problemas actuales del Decreto-ley.*—RAP, número 15, septiembre-diciembre 1954; págs. 91-108.

Después de precisar la terminología se pretende configurar el concepto del Decreto-ley a través de la precisión de sus diferentes facetas: como norma administrativa, como norma de distinto alcance formal y contenido material en la jerarquía conjunta de las normas; como ley formal emanada del Gobierno. Dada la actitud del autor en relación con las prerrogativas legisladoras del Gobierno y del jefe del Estado, el Decreto-ley carece jurídicamente de justificación aun cuando políticamente pueda fundamentarse como procedimiento de racionalización del poder.

GIACOMETTI, Zaccaria: *La democrazia come guardia dei diritti dell'uomo.*—NRD, volumen VII, fascículo 7-9, 1954; págs. 252-261.

Se ha negado en ocasiones que la democracia suponga una garantía de los derechos del hombre. El autor demuestra cómo en Suiza es la democracia la mejor garantía de tales derechos.

GIOJA, Ambrosio L.: *El postulado jurídico y su naturaleza sintética a priori* RCA, Tomo XXXII, núm. 1, enero-abril 1954; págs. 21-30.

Examen filosófico del axioma «lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido», teniendo en cuenta los postulados egológicos de Cossio.

GIOJA, Ambrosio Lucas: *¿Corresponde incluir en el plan de estudio de las escuelas de abogacía materias filosóficas?*—RCA, mayo-agosto 1954; páginas 115-126.

Defiende la inclusión de disciplinas filosóficas en las escuelas de abogacía, principalmente la Teoría de los valores, la Lógica normativa, una Teoría jurídica y, como base de todas ellas, la Fenomenología.

IGLESIAS, Juan: *Sobre el Derecho Romano y la «auctoritas».*—RDP, Año XXXVIII, núm. 452, noviembre 1954; págs. 981-983.

El Derecho romano debe ser estudiado en su propio asiento histórico para bien comprender sus nociones de *pietas*, *fides*, *humanitas*, *auctoritas*. Esta arranca de la entraña profunda del alma romana e importa un sentimiento de acato y de fidelidad a los que son más diestros en el manejo de las cosas públicas o privadas.

Las aplicaciones del concepto son abundantes.

LEVENE, Ricardo: *En el centenario de la muerte de Pedro Somellera, el primer profesor de Derecho Privado en la Universidad de Buenos Aires.*—RFDBA, núm. 39, julio-agosto 1954; págs. 874-878.

Rasgos biográficos y bibliográficos del jurista argentino.

LUDER, Italo A.: *La legislación exclusiva de la nación en las provincias (Interpretación del texto constitucional)*.—L, 3 diciembre 1954; págs. 1-5.

En las discusiones sobre la interpretación del artículo 68 de la Constitución y ante las tesis federalista y centralista, se inclina a esta última.

MANCINI, Federico: *Sulla «crisi del diritto»*.—RTDC, Año VIII, núm. 3, septiembre 1954; págs. 738-746.

La Casa Cedam publica, bajo el título de «La crisis del diritto», una serie de conferencias de ilustres y destacados juristas. El autor comenta algunos de los puntos de vista mantenidos por los disertantes.

MERCKER, Reinhold: *Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, MDR, Año 8, cuaderno 4, abril 1954; págs. 204-207.

Destácanse los aspectos más salientes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en materia de Derecho suprapositivo, subsistencia del Reich en ciertos extremos, expropiación, igualdad jurídica, etc.

NÚÑEZ, José Manuel: *La aplicación de la Ley penal con relación al tiempo*.—RCA, Tomo XXXII, núm. 1, enero-abril 1954; págs. 31-38.

Examen del problema de la retroactividad o irretroactividad de la Ley penal en la Argentina.

REINICKE, G.; REINICKE, D.: *Die Fortbildung des Rechts durch den Richter*. NJW, Año 7, cuaderno 34-34, 27 agosto 1954; págs. 1217-1222.

Ante el incesante evolucionar de la realidad social, el juez no puede conformarse con aplicar el Derecho; a veces ha de «crearlos». Consideraciones sobre esta «función judicial» en materia de derecho de autor en el ramo de la música reproducida mecánicamente.

TUNC, André: *La interpretación de las leyes en los Estados Unidos*.—GDA, número 2, enero-junio 1954; págs. 74-90.

No obstante ser los Estados Unidos un país de *Common Law*, las leyes al modo continental tienen en él una importancia considerable. El profesor Tunc examina los principios dominantes en materia de interpretación, distinguiendo la posición clásica y tradicional (interpretación estricta) y la moderna (interpretación al estilo continental: más liberal).

VILANOVA, José: *Exposición de la teoría pura del Derecho*.—RFDBA, número 40, septiembre-octubre 1954; págs. 1081-1125.

Trabajo puramente expositivo de la doctrina de Kelsen a efectos didácticos por considerar que es la obra del profesor vienes la única que esclarece los temas fundamentales de la norma y el ordenamiento jurídicos.

2. Derecho de la persona.

MENDILAHARZU, Eduardo F.: *La imagen de las personas y el derecho de "privacidad"*.—L, 27 diciembre 1954; págs. 1-3.

No existiendo en la legislación civil argentina ninguna norma que proteja el derecho a la propia imagen, señala el autor las ideas que deben presidir la reforma del Código civil.

MOLINAS, Luciano F.: *Constitucionalidad de las propuestas referentes a derechos humanos en el proyecto de Convención de las Naciones Unidas*.—RCA, mayo-agosto 1954; págs. 103-114.

Aconseja acogerse a la concesión de la Carta de las Naciones Unidas que permite los organismos y acuerdos regionales para sancionar un Pacto de los Derechos del Hombre Americano y una Corte Americana de Justicia.

Risso, Enrique J.: *Personas visibles y personas jurídicas. Su capacidad en el Derecho internacional privado y en la legislación Argentina y de otros países*.—RIN, julio-septiembre 1954; págs. 233-264.

Después de un largo preámbulo en que se exponen las teorías acerca de la naturaleza de las personas jurídicas y su clasificación, centra el tema en el punto de la extraterritorialidad o posibilidad de actuación de las personas jurídicas en el extranjero distinguiendo en la legislación comparada según se trate de personas jurídicas, de existencia necesaria o de existencia meramente posible.

SOTO NIETO, Francisco: *Error en el sexo*.—BI, núm. 292; págs. 3-10.

Aunque durante algún tiempo se consideró por la jurisprudencia como esencial, sólo subsanable por el procedimiento de mayor cuantía, se va rectificando esta exigencia y modelando una doctrina según la cual se abre camino la subsanación gubernativa. De ella y de sus fundamentos legales trata este trabajo.

TRÍAS FARGAS, Ramón: *La Uniform Simultaneous Act*.—CDA, núm. 2, enero-junio 1954; págs. 109-116.

Examen del Proyecto de Ley reguladora de las consecuencias legales de la muerte simultánea de las personas naturales en Estados Unidos. Rige hasta ahora en 39 Estados y en Alaska y Hawai. El Proyecto se separa de los sistemas continentales en parte. (premorienza, conmorienza).

3. Derechos reales.

BEYERLE, FRANZ: *Sui contratti reali*.—NRD, vol. VII, fascículos 7-9, 1954; páginas 234-244.

El autor toma en consideración algunos aspectos de la doctrina alemana del «contrato real» o acuerdo abstracto, mostrándose contrario a tales figuras y a las consecuencias que pudieran derivarse de su autonomía en el tráfico jurídico.

DIESTER, DR.: *Neue Wege zur Lösung der Probleme des Enteignungsrecht*.—NJW, Año VII, cuaderno 31, 6 agosto 1954; págs. 1140-1144.

El autor examina, ante la situación actual de Alemania, el concepto de la expropiación forzosa y la indemnización a satisfacer al expropiado.

FEBLOT, JEAN: *Die deutschen Handelsmarken unter Feindsequester in Frankreich*.—NJW, Año VII, cuaderno 42, 22 octubre 1954; págs. 1545-1549.

El autor expone el aspecto político y jurídico derivado de la administración y secuestro en Francia de las marcas de fábrica y de comercio alemanas por considerarse patrimonio enemigo.

FERNÁNDEZ VIAGAS, Plácido: *De la adjudicación en procedimiento de apremio, en la Zona española de Marruecos, de bienes inmuebles no inscritos pertenecientes a marroquíes, a favor de españoles o extranjeros*.—RGLJ, noviembre 1954; págs. 587-595.

Poniendo en relación los preceptos del Código de Procedimiento Civil de la Zona española de Marruecos sobre procedimiento de apremio con los Tratados internacionales anteriores al Protectorado y con los que regulan el régimen de los bienes en Marruecos, se origina la duda de si las limitaciones a que éstos aluden en el régimen de la transmisión de la propiedad inmueble no inscrita se imponen también a los casos de apremio. El autor resuelve la duda según los casos que distingue.

HODES, DR.: *Das Trümmergrundstück in nachbarrechtlicher Sicht*.—NJW, Año VII, cuaderno 37, 17 septiembre 1954; págs. 1345-1349.

En base a los preceptos del B. G. B. (836-838, 1.004, etc.), el autor examina la responsabilidad del poseedor de un edificio ruinoso (por la guerra) con relación a sus vecinos amenazados por el citado edificio. Consideración de la doctrina y la jurisprudencia.

ISAZA MARTÍNEZ, EDUARDO: *Glosas al Nuevo Código de Minas*.—DM, tomo XI, número 80, 1954; págs. 9-18.

El nuevo Código reglamenta la propiedad, exploración, explotación, beneficio, distribución y aprovechamiento de las minas, excepto aquellas que por

ser de interés nacional están sometidas a leyes especiales. En este trabajo se hace historia del Código y se sistematizan sus disposiciones.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes*.—RGLJ, noviembre 1954; págs. 521-588.

Estudia críticamente las clases de servidumbres a efectos de preparar el terreno para plantear el problema que en orden a la usucapión de las servidumbres plantea la negativa del artículo 539 del Código civil.

MASCAREÑAS, C. E.: *La protección penal, en Francia, de las denominaciones de origen de los vinos*.—CDF, núm. 2, enero-junio 1954; págs. 59-63.

El autor adopta este sistema en el estudio del problema: objeto del delito, sujetos, acción, antijuridicidad, consumación.

MONTEL, Alberto: *Per una adeguata disciplina della immatricolazione degli autoveicoli e delle annotazioni dei passaggi di proprietà e dei trasferimenti di residenza*.—DG, noviembre-diciembre 1954; págs. 406-407.

Por una exegerada huida de la burocratización, opina el autor que los proyectos legislativos sobre la materia dejan insuficientemente regulados los problemas que pueden plantearse.

MOUCHET, Carlos: *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas en el trabajo subordinado (Derechos de los funcionarios y empleados)*.—RFDBA, número 39, julio-agosto 1954; págs. 731-745.

La relación de dependencia jurídico-laboral o jurídico-administrativa no debe privar al autor, empleado o funcionario de sus prerrogativas como tal, especialmente en cuanto se refiere al llamado derecho moral. Los casos en que no se aplique esta regla sólo pueden tener valor de excepciones.

MOYANO LLERENA, Carlos: *El caso de la propiedad privada*.—RFDBA, número 40, septiembre-octubre 1954; págs. 1167-1173.

Encuentra injustificadas las excesivas limitaciones de la propiedad, dado que son pocos ya los grandes propietarios. Por el contrario, en lugar de hablar de la función social de la propiedad, debe fijarse la atención en la función social de la empresa y favorecer, en cambio, la auténtica y personal propiedad privada.

PALA MEDIANO, Francisco: *Destinde y Amojonamiento*.—RJC, Año LIII, volumen LXXI, núm. 6, noviembre-diciembre 1954; págs. 518-542.

Estudio completo y detallista de ambas instituciones en nuestro Derecho.

PIETZONKA, Dr.: *Der Nachbar im Baurecht*.—NJW, Año VII, cuaderno 32, 31 agosto 1954; págs. 1181-1183.

Las posibles relaciones entre autoridades de la construcción, dueño de la construcción y vecinos son objeto frecuente de proceso contencioso-administrativo. El autor examina la existencia, inexistencia y carácter de tales posibles relaciones en Alemania.

PINTO COELHO, J. G.: *A proteção de marca notoriamente conhecida, no Congresso de Viena da C. C. I.*—BFC, volumen XXIX [1953], 1954; páginas 1-22.

Se refiere a las modificaciones que en el Congreso de Viena de la Cámara de Comercio Internacional se propusieron al régimen vigente en 1951 sobre la protección que en cualquier país de la Unión merece una marca notoriamente conocida en otro de los países. Habiendo quedado insuficientemente resueltos los problemas propone nuevas modificaciones para el próximo Congreso de Lisboa.

RÖTELMANN, Dr.: *Wucherungen im Patentrecht*.—NJW, Año VII, cuaderno 33-34, 27 agosto 1954; págs. 1222-1225.

En base a la Legislación alemana, examina el autor los posibles remedios a ejercitar contra quién, sin derecho a ello, explote un invento.

SCIACCA, Michele Federico: *Concepto de propiedad*.—REP, núm. 77, septiembre-octubre 1954; págs. 3-37.

Trata un conjunto de aspectos del concepto cristiano de la propiedad como concepto moral y metafísico, además de jurídico y social.

TRAPANI, Giuseppe: *Diritto e giustizia della proprietà nella difesa di un giurista austriaco*.—NRD, volumen VII, fascículo 7-9, 1954; págs. 58-59.

Se recogen los principales aspectos de la defensa que el jurista austriaco Jankovic hizo del derecho de propiedad, con ocasión de un convenio para defensa de los intereses de Derecho privado en el extranjero; se considera la propiedad como justificada desde un punto de vista ético, jurídico y político.

YORFO, Aquiles: *Régimen de propiedad horizontal. Derecho preferencial de compra en favor del inquilino*.—RN, Año LVII, núm. 617, septiembre-octubre 1954; págs. 585-590.

Establece un conjunto de conclusiones no recogidas en la Ley argentina expresamente, pero contenidas en el espíritu y sistema de sus normas.

4. Obligaciones y contratos.

BARRANÇOS Y VEDIA, Fernando N.: *Observaciones sobre el régimen jurídico del mandato («agency») en los Estados Unidos y su enseñanza.*—L, 15 diciembre 1954; págs. 1-5.

Destaca los más importantes elementos del contrato de *agency* y señala que base de su enseñanza ha de ser el *case method*.

BECKER, Siegfried: *Sind Untermietzinsforderungen pfändbar.*—NJW, Año VII, cuaderno 43, 29 octubre 1954; págs. 1595-1596.

¿Son embargables los créditos por el alquiler del subarriendo? El autor razona la afirmativa.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *El arrendamiento de local de negocio.*—RDM, volumen XVIII, núm. 52, julio-agosto 1954; págs. 109-120.

Resumen de la jurisprudencia dictada en el periodo de abril a junio de 1954 en materia de arrendamiento de local de negocio: objeto de la relación, renta, renuncia, traspaso, resolución, prórroga, etc.

CARRESI, FRANCO: *La c. d. estinzione «parziale» delle obbligazioni indivisibili.* RTDC, Año VIII, núm. 3, septiembre 1954; págs. 617-622.

El artículo 1.320 del *Nuovo Codice*, refiriéndose a las obligaciones indivisibles, contempla la llamada «extinción parcial» de ellas, diciendo: «Si uno de los acreedores ha hecho remisión de la deuda... el deudor no se libera respecto a los otros acreedores. Estos, sin embargo, no pueden reclamar la prestación indivisible sino adeudándose o reembolsando el valor de la parte del que ha hecho la remisión...». El origen de esta norma está en Molineus. Se estudia su actuación práctica en ciertos casos.

DEVEALI, Gabriela: *La igualdad de remuneración para el trabajo masculino y el femenino.*—RFDBA, núm. 40, septiembre-octubre 1954; págs. 1149-1163.

Defiende la igualdad de remuneración como meta ideal a conseguir, pero reconoce que sólo puede llevarse a cabo con éxito en los países en que existe una economía dirigida, ya que en los de contratación libre del trabajo puede significar una traba para el empleo de las mujeres.

DOMÍNGUEZ DE MOLINA, Joaquín: *Sobre la subsistencia de la insinuación romana en Cataluña.*—RJC, Año LIII, volumen LXXI, núm. 6, noviembre-diciembre 1954; págs. 503-517.

Tras de estudiar brevemente los antecedentes de la insinuación de donaciones y la cuestión de la coexistencia de la *insinuatio* romana y catalana, el autor se muestra partidario de su inaplicación y de su supresión en la Compilación de Derecho catalán.

GAMARRA, Jorge: *El pacto comisorio en el contrato de compraventa.*—RFDM, abril-junio, 1954; págs. 275-297.

Estudia solamente el problema del incumplimiento del pacto en relación con la resolución del contrato.

GRACIA ABELLÁN, Juan: *El contrato de educación.*—AUM, volumen XII, número 3-4; págs. 587-683.

Después de una amplia introducción sobre la historia de la educación, los fines educativos de la familia y las facultades educadoras del padre, estudia sistemáticamente el contrato con arreglo al esquema clásico: concepto, delimitación de figuras afines y naturaleza jurídica; nacimiento y elementos; contenido y extinción.

GLASER, H.: *Benutzung einer neuzeitlichen Elektro-Waschmaschine in der Mietwohnung.*—NJW, Año VII, cuaderno 37, 17 septiembre 1954; página 1356.

¿Puede el arrendador impedir al arrendatario que use en la vivienda arrendada una lavadora eléctrica de ropa? Cuestión debatida en Alemania y examinada brevemente por el autor con citas abundantes de vacilante jurisprudencia.

GLASER, H.: *Eigenbedarfsklage und Auswahlrecht des Vermieters unter mehreren Mietern.*—NJW, Año VII, cuaderno 43, 29 octubre 1954; pág. 1595.

La Ley alemana de protección al arrendatario permite al arrendador dar por terminada la relación arrendaticia cuando necesita para sí la vivienda, pero no dice, siendo varios los arrendatarios, contra cuál de ellos ha de dirigirse. El autor examina la cuestión de si al arrendador corresponde un derecho de elección.

GONZÁLEZ-ROTHVOSS, Mariano: *El contrato colectivo de trabajo en España.*—RDP, Año XXXVIII, núm. 453, diciembre 1954; págs. 1111-1122.

Divide el autor su trabajo en estos apartados: I, Terminología. II, Definición. III, Naturaleza jurídica. IV, Legislación española.

HERNAINZ MÁRQUEZ, Miguel: *El principio de unidad de empresa.*—RDP, Año XXXVIII, núm. 452, noviembre 1954; págs. 1003-1029.

Defiende el autor el principio de unidad y solidaridad en las relaciones humanas y más concretamente en las relaciones laborales. Después de aludir a los antecedentes del gremio y la corporación, destaca el sentido disgregador del marxismo y del liberalismo, para hablarnos luego del retorno a la concepción unitaria. En base a ésta alude a los «medios de acción» y al «método y tónica de proceder». Termina refiriéndose a la unidad de empresa ante el Derecho y a las realizaciones españolas en este aspecto.

JOHNSON, E. W.: *La Ley de difamación de 1952. (The Defamation Act 1952).*—CDA, núm. 2, enero-junio 1954; págs. 91-96.

Breve comentario sobre la ley inglesa de difamación dictada en 1952. Enlazando la difamación con el problema de la culpa extracontractual, analiza el autor la forma en que en el Derecho inglés obliga la difamación a la indemnización, conforme a la nueva ley (se inserta su texto en el presente número de CDA, págs. 177-185). La nueva ley suaviza el principio de la responsabilidad objetiva vigente en el D. inglés, en materia de culpa extracontractual.

KIEPERSAUER, Fritz: *Die geächtete Abstandszahlung.*—NJW, Año VII, cuaderno 24, 18 junio 1954; págs. 941-943.

Se trata del mismo problema estudiado por Mühl en MDR. Vid Mühl.

LAZCANO, Carlos Alberto: *Ley uniforme sobre renta internacional de bienes muebles (Proyecto provisorio de Buenos Aires).*—L, 19 noviembre 1954; páginas 1-3.

Cree el autor que, junto a la ley uniforme, debe dictarse otra de conflictos para someter a ciertas reglas la elección de la ley en los casos en que los ordenamientos jurídicos de cada Estado ofrezcan obstáculos insalvables para la uniformidad.

LEGUIZAMÓN, Héctor Felipe: *Ley 14.250 sobre convenciones colectivas de trabajo.*—L, 18 diciembre 1954; págs. 1-5.

Analiza la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas de trabajo, sus elementos contractuales y las consecuencias de su violación.

MAZEAUD, León: *El derecho de las asociaciones de accionar en responsabilidad civil para la defensa de sus miembros.*—CDF, núm. 2, enero-junio 1954; págs. 25-34.

Los miembros de la «resistencia» francesa se han asociado para defenderse de ciertas difamaciones contra ellos lanzadas. La asociación tiene derecho a pedir la reparación del daño causado al conjunto de sus miembros en la calidad en virtud de la cual se han asociado. Lesionar el «interés» aportado por los miembros a la asociación es lesionar el «interés» de ésta.

MONTEL, Alberto: *Clausola oro e svalutazione monetaria nonostante il ribasso del prezzo dell'oro.*—DG, noviembre-diciembre 1954; págs. 408-409.

Se refiere a la cláusula oro en un contrato de mutuo en el que solamente se había previsto la elevación, pero no el descenso de su precio.

MÜHL, Dr.: *Sind Vereinbarungen zwischen dem bisherigen und dem neuen*

Mieter über die Zahlung von Abstandsgeldern für Wohnraum rechtswirksam?—MDR, Año VIII, cuaderno 6, junio 1954; págs. 324-327.

La cuestión de la eficacia o ineficacia de los pactos entre el antiguo y el nuevo arrendamiento sobre el pago de una indemnización por la vivienda es muy discutida en Alemania. El autor se fija en las posiciones doctrinales y de la jurisprudencia.

ORTIZ DE ROZAS, Eduardo L.: *Notas para el estudio del trabajo rural de los niños*.—RFDBA, núm. 40, septiembre-octubre 1954; págs. 1230-1254.

Plantea los problema que presenta el trabajo de los menores en la agricultura y propone para resolverlos soluciones extraídas del mismo régimen legal argentino.

OSTI, Giuseppe: *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*.—RTDC, Año VIII, núm. 3, septiembre 1954; páginas 593-616.

En base al artículo 1.218 del *Nuovo Codice*, un gran sector de la doctrina (Barasi, Trabucchi, Betti, Messineo, etc.) afirma que el fundamento de la responsabilidad por incumplimiento está en que el deudor no ha hecho lo debido para poder cumplir, en su culpa. Frente a esta tendencia, el profesor Osti afirma que el fundamento de la citada responsabilidad está, *prima facie*, en el hecho objetivo del incumplimiento, concretado en la forma que la ley lo hace (art. 1.218)

ROMERO VALENZUELA, José: *Nueva legislación sobre alquileres de locales de negocios*.—CDF, núm. 2, enero-junio 1954; págs. 45-68.

Análisis rápido de los aspectos fundamentales del Decreto francés de 30 de septiembre de 1953, que regula, en la nación vecina, el arrendamiento de locales para usos comerciales, industriales o artesanos. En el presente número de CDF se inserta íntegro el texto del Decreto (8 títulos, 48 artículos)

SEYDEL, Helmut: *Zwischenbilanz der Schmerzensgelddebatte*.—NJW, Año VII, cuaderno 28, 16 julio 1954; págs. 1017-1021.

El autor examina las circunstancias que deben tenerse en cuenta para fijar la indemnización en el caso de responsabilidad civil. Propugna un criterio medio. Se fija en: culpa del causante del daño, situación patrimonial de la víctima, ídem del causante del daño, existencia o no de un seguro de responsabilidad, etc.

SENGER, Pablo S.: *La compensación de los accidentes del trabajo en el common law anglo-americano*.—L, 10 noviembre 1954; págs. 1-3.

En el *common law* la doctrina de la responsabilidad se basa en la culpa extracontractual, a diferencia del *statutory law*, en el que se regula por la

responsabilidad objetiva. Estudia las diferencias que para la indemnización tienen estos principios.

BORGIA, Sergio: *Considerazioni sulla cessione dei beni ai creditori.*—NRD, volumen VII, fascículo 7-9, 1954: págs. 214-221.

Comienza refiriéndose a la cesión de bienes a los acreedores en su relación con el concordato preventivo, indicando que éste se puede ejecutar mediante aquélla y examinando ciertos aspectos de tal manera de realizar el concordato. Se fija sobre todo en las disposiciones del *Codice Civile* y de la *Legge Fallimentare*.

VON JASCHKE, Wolfgang: *Die entsprechende Anwendung der Rücktrittsvorschriften in § 280, Abs. 2 BGB.*—MDR, Año VIII, cuaderno 4, abril 1954; páginas 202-204.

El parágrafo 280, párrafo 2.º, del BGB, declara que «se aplican oportunamente» las disposiciones sobre el derecho de resolución convencional (parágrafos 346-356) al caso de que pudiendo el deudor cumplir sólo parcialmente, el acreedor rechace el cumplimiento parcial y exija indemnización por total incumplimiento. El autor analiza la cuestión de hasta qué extremo es oportuna y realizable esta remisión del parágrafo 280 a las normas del derecho de resolución convencional.

WILDEN, Dr.: *Die Anhebung bisherigen Landrechts durch das Bundesentschädigungsgesetz (BEG).*—NJW, Año VII, cuaderno 24, 18 junio 1954; páginas 902-904.

La ley para las indemnizaciones a las víctimas de la persecución nacionalista deroga todas las disposiciones que, en esta materia, contenga el Derecho territorial. Consideraciones sobre esta derogación.

WILDEN, Hans: *Die Entschädigung des beruflich Selbständigen nach dem Bundesentschädigungsgesetz.*—NJM, Año VII cuaderno 28, 16 julio 1954; páginas 1023-1025.

La ley Federal de indemnización a las víctimas de la persecución nacional-socialista (BEG), vigente desde 1-X-1953, ofrece reglas especiales para la indemnización a los que en el período 1933 a 1945 resultaron entorpecidos en el ejercicio de sus profesiones liberales.

5. Derecho de familia.

CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, Buenaventura: *El artículo 1.404 del Código civil y las declaraciones de obra nueva.*—RCDI, Año XXX, núm. 317, octubre 1954; págs. 785-809.

Glosa de los fundamentales aspectos polémicos del precepto, indicando su

fundamento y analizando después sus problemas civiles, hipotecarios y tributarios.

DÖLLE, Hans: *El problema del futuro régimen legal de bienes en Alemania*.—RDN, julio-diciembre 1954; págs. 197-210.

Dado que el Derecho de familia alemán va a adoptar el principio de igualdad de derechos de ambos cónyuges en el régimen matrimonial de bienes, se hace un estudio de los Derechos francés y holandés a este respecto.

DUMM, Raúl E.: *El concubinato y la ley de emergencia número 13.561*.—L, 22 diciembre 1954; págs. 1-3.

La sucesión en el contrato arrendaticio urbano a favor de los familiares del locatario no es posible extenderla a su concubina.

GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás: *Proceso cautelar de litis expensas a la mujer casada*.—RP, Año X, núm. 4, octubre-diciembre 1954; páginas 587-608.

Trátase de una conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia, en la que el autor, tras de aludir al valor de la jurisprudencia en las instituciones procesales, examina el proceso de litis expensas a la mujer casada, configurado predominantemente por el Tribunal Supremo.

KRÜGER, Hildegard: *Das Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter*.—NJW, Año VII, cuaderno 41, 15 octubre 1954; págs. 1509-1512.

La autora defiende la tesis de que el derecho de impugnación de la legitimidad de un hijo corresponde no sólo al marido, sino también a la mujer. Entre otras razones, se basa en el principio de equiparación (art. 3.º de la Ley Fundamental de Bonn).

LAZCANO, Carlos Alberto: *La ley 14.367 sobre filiación: sentido y alcance*.—L, 25, noviembre 1954; págs. 1-6.

Estudia esta ley uniformadora de la suerte de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, y cree que aún ha sido poco radical en esta tendencial

MALDONADO Y PDEZ. DEL TORCO, José: *Una autorizada opinión sobre la repercusión del Concordato en materia procesal matrimonial*.—RP, Año X, número 4, diciembre 1954; págs. 673-688.

El profesor Maldonado comenta las afirmaciones de monseñor Miguez sobre posibles repercusiones del Concordato en materia procesal matrimonial: depósito de mujer casada que se proponga intentar o haya intentado demanda de separación y decisiones canónicas que producen efectos civiles.

NEWELL, BROWN, W.: *La ley de Adopción de 1950 (The Adoption Act, 1950)*. CIDA, núm. 2, enero-junio 1954; págs. 97-108.

Examen de la ley inglesa sobre adopción de menores dictada en 1950, y de los cambios que introduce en la Legislación anterior de 1926, 1939 y 1949. La nueva ley se refiere a las órdenes de adopción, sociedades de adopción, supervisión de adopciones y medidas diversas.

Se inserta su texto (páginas 186-211)

POLET, George: *Régimen de bienes de los esposos. Sistema vigente en Bélgica*.—RIN, 1954, julio-septiembre; págs. 265-279.

Tratamiento esquemático en base a la legislación belga de una serie de dieciséis cuestiones relacionadas con el régimen patrimonial del matrimonio, comenzando por la de cual sea ese régimen y concretando sucesivamente hasta tratar extremos registrales.

PORTAS, Néstor L.: *La filiación extramatrimonial*.—L, 28, diciembre 1954; páginas 1-4.

Valora elogiosamente la nueva ley argentina sobre la materia. (V. de la misma revista la reseña del trabajo de Lazcano, Carlos Alberto.)

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO: *Concepto, caracteres y fines de la institución tutelar*.—RFM, tomo IV, núm. 14, abril-junio 1954; págs. 127-158

Generalidades acerca del tema de la tutela, más extensamente tratados en el libro del mismo autor publicado en España recientemente.

VALVERDE MADRID, José: *El Registro de Tutelas*.—NR, núm. 900; págs. 1-13.

Breve historia del Registro y exposición doctrinal, tendente a realizar y destacar la función calificadora del juez, terminando brevemente con el Derecho formal del mismo Registro.

6. Derecho de sucesiones.

ALONSO Y LAMBÁN, M.: *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón*.—RDN, julio-diciembre 1954; págs. 7-196.

Después de allanar el camino con la minuciosa exposición de los elementos informadores y antecedentes del Derecho de los testamentos en Aragón, entra en el desarrollo de tres partes extensas del tema: el concepto y clases del testamento; los problemas relativos a la testificación en los testamentos, y la naturaleza, significado y requisitos de los procedimientos de adverbación e impugnación de los testamentos.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme: *A sucessão legítima no Código Eúrciano*.—BPA, volumen XXIX (1953), 1954; págs. 197-274.

Reproduce el trabajo del mismo título publicado en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXIII (Estudios en homenaje a don Eduardo de Hinojosa), 1953.

GALVAO TELLES, Inocência: *Legado por conta da legítima*.—JF, núm. 107, abril-junio 1954; págs. 97-100.

Resuelve afirmativamente para el Derecho portugués la posibilidad del legado en lugar de la legítima.

SARFATI, Mario: *El Derecho de Sucesiones en el Common Law y en las Legislaciones de tipo romano*.—CDA, núm. 2, enero-junio 1954; págs. 64-73.

Estudio de ciertos conceptos de Derecho sucesorio inglés, comparádoles con el Derecho italiano: apertura de la sucesión, testamento y ejecutor testamentario, legados, sucesión legítima, administración de la herencia, derechos del cónyuge (ley de 1952).

II. DERECHO HIPOTECARIO

DE CÖSSIO, Alfonso: *Valor sustantivo del art. 41 de la Ley Hipotecaria*.—RDP, Año XXXVIII, núm. 452, noviembre 1954; 983-992.

El profesor De Cossio se enfrenta con el problema de determinar si el art. 41 de la ley Hipotecaria es un precepto dotado de propia sustantividad, en cuanto crea acciones nuevas o modifica las ya existentes, o si, por el contrario, se trata de una norma meramente adjetiva. Sostiene la primera postura, puesto que cree poder afirmar que no existe identidad entre las acciones derivadas de la inscripción (art. 41) y las producidas por el título civil correspondiente (Roca Sastre, Rodríguez Solano, etc.).

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

BARRERA GRAF, Jorge: *El proyecto del Código de comercio mexicano: Normas sobre obligaciones de los comerciantes y sobre Derecho industrial y cambiario*.—RFM, tomo IV, núm. 14, abril-junio 1954; págs. 9-45.

Glosa este proyecto en los extremos relativos a las obligaciones mercantiles y al derecho industrial y cambiario.

CLAUSS, Karl: *Zur Anslegung unklarer Allgemeiner Geschäftsbedingungen*.—NJW, Año VII, cuaderno 24, 18 junio 1954; págs. 905-907.

Consideraciones sobre la forma de interpretar las «condiciones generales» de la contratación cuando dichas condiciones son oscuras.

Oppens, Hermann: *Gutachten der Industrie- und Handelskammer über Handelsbrüche.*—NJW, Año VII, cuaderno 38, 10 septiembre 1954; páginas 1312-1314.

En la mayor parte de las ocasiones, los Tribunales, al fallar en base a usos de comercio, no pueden apoyarse en su propio conocimiento de ellos. Requieren un informe sobre dichos usos. El autor examina el valor del emitido por las Cámaras de Industria o de Comercio.

ROBLOT, René: *Il diritto commerciale e la comunità europea del carbone e dell'acciaio.*—NRD, volumen VII, fascículos 7-9, 1954; págs. 261-276.

El profesor Roblot examina la influencia que la Comunidad Europea del Carbón y del Acero puede tener en el ámbito de las relaciones comerciales de las empresas sujetas a dicha Comunidad.

STREKE, Walter; SPITZBARTH: *Gesetzliche Schranken für Vertragliche Wettbewerbsverbote.*—NJW, Año VII, cuaderno 78, 16 julio 1954; páginas 1025-1028.

Contractualmente, pueden establecerse prohibiciones de competencia en la actividad mercantil. Tales pactos de exclusión de competencia son a veces limitados o prohibidos por la ley, porque pueden ser una imposición del más fuerte económicamente. En la legislación alemana pueden resultar estas barreras a los aludidos pactos de los §§ 74 y sigs del HGB, del § 133 de la GWO (Ordenanza industrial), del § 138 del BGB y del art. 12 de la GG (Ley Fundamental de Bonn).

2. Comerciantes y Sociedades.

ARECHA, Waldemar: *Orientaciones para la nueva Codificación del Derecho societario.*—L, 25, diciembre 1954; págs. 1-4.

Propone una radical reforma del Código de comercio argentino en materia de sociedades, que abarca hasta el concepto mismo legal de la sociedad.

BOTER, Fernando: *Impugnación de acuerdos sociales.*—RDP, Año XXXVIII, número 453, diciembre 1954; págs. 1122-1132.

Estudio de la impugnación de los acuerdos tomados en junta general de accionistas, en base a los arts. 67, 68 y 70 de la Ley de Sociedades Anónimas. El plazo de cuarenta días es un plazo de caducidad.

DE TENA, Valeriano: *El proceso fundacional de las Sociedades de responsabilidad limitada en la ordenación legal de su régimen jurídico.*—RCDI, Año XXX, núm. 317, octubre 1954; págs. 765-784.

Termina el autor en este número de la RCDI su trabajo ya iniciado en otros anteriores. En el presente se refiere a la inscripción registral en la fun-

dación de la s. r. l.: instancia y forma de la inscripción, documentos inscribibles, actos inscribibles, etc.

DE VRIES, H. P.; DRACHSLER, L. M.: *Situación de las Sociedades extranjeras en el Derecho de los Estados Unidos*.—CDA, núm. 2, enero-junio, 1954; páginas 9-63.

Vision de conjunto sobre el problema relativo a la posición de las sociedades extranjeras en USA. Extranjera es tanto la sociedad de un Estado extranjero como la de un Estado de la nación distinto de aquél en que la sociedad se encuentra. Se determina el concepto de «actividad mercantil» y luego se añade a problemas sustantivos, jurisdiccionales y fiscales.

FISCHER, Curt Eduard: *Das Unternehmen als Einheit*.—NJW, Año VII, Cuaderno 32, 13 agosto 1954; págs. 1177-1180.

El autor nos ofrece ciertas afirmaciones sobre la unidad de la empresa, considerada desde el punto de vista económico, jurídico y fiscal.

GHIARA, Mario: *Considerazioni sull' articolo 2436 C. c.*—RTDP, Año VIII, número 3, septiembre 1954; págs. 747-751.

El art. 2436 del Código Civil Italiano dice que las modificaciones del acto constitutivo de una sociedad por acciones han de ser inscritas, sin cuyo requisito carecen de eficacia contra terceros. Breves comentarios sobre esta norma

KRAUSE, Hermann: *Imprenditore e Impresa*.—NRD, volumen VII, fascículo 7-9, 1954; págs. 221-234.

Tomando por base una polémica entre Endemann y Laband sobre el su valor entre empresa o empresario (obra y hombre), el autor afirma que, por hoy, domina el hombre, el empresario, estando subordinada a él la empresa. Esta es una «propiedad» del empresario.

MANGOLD, E.: *Ausschliessung eines GmbH-Gesellschafters*.—NJW, Año VII, cuaderno 31, 6 agosto 1954; págs. 1144-1147.

Dando graves motivos, un socio de una sociedad de responsabilidad limitada puede ser excluido de la misma. Así lo entendió el «Reichsgericht» y lo ha confirmado el «Bundesgerichtshof». No se precisa que los Estatutos prevean tal posibilidad.

MICCIO, Renato: *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*.—RTDC, Año VIII, núm. 3, septiembre 1954; págs. 660-688.

En la sociedad comercial existe claramente un doble aspecto: el contrato social del cual cada socio es *parte* y la persona jurídica de la que cada socio es *miembro*. El autor analiza el acto constitutivo de la sociedad, el aspecto

sinálgmático de las relaciones internas, destacando ante todo su vertiente patrimonial.

MOSSA, Lorenzo: *La pubblicità nelle società per azioni.*—NRD, volumen VII, fascículos 7-9, 1954; págs. 197-203.

La publicidad, dice el profesor Mossa, es la luz del Derecho Comercial. Su importancia es extraordinaria en materia de Sociedades por acciones, en interés de la propia Sociedad y de los terceros. La limitación de la responsabilidad reuerza su alta significación.

PANUCCIO, Vincenzo: *Il procedimento disciplinato dall articolo 2409 C. c. nel sistema dei controlli sulle società per azioni.*—RTDC, Año VIII, núm. 3, septiembre 1954; págs. 689-735.

Estudio exegético muy completo del artículo 2409 del Código civil italiano que permite a los socios, en una Sociedad por acciones, denunciar al Tribunal la actuación irregular de los administradores. Análisis del procedimiento.

PÉREZ FONTANA, Sagunto F.: *El trámite de fundación de la Sociedad Anónima.*—SA, Año IX, núm. 100, septiembre 1954; págs. 387-403; número 101, octubre 1954, págs. 435-447.

Continuando trabajos anteriores, el autor aborda el aspecto práctico en la fundación de la Sociedad Anónima en la Legislación uruguayana. Se fija especialmente en las obligaciones fiscales a cumplir en las diversas hipótesis.

SÁNCHEZ-RIVERA, J.: *Las empresas y la inflación.*—RGLJ, noviembre 1954; páginas 596-600.

Problemas que la inflación creciente produce al repercutir en el capital, patrimonio neto y financiación de las Sociedades Anónimas.

STRATTA, Oswado J.: *Sociedad anónima. Aumento de capital. Autorización del Poder ejecutivo.*—L, 30 diciembre 1954; págs. 1-4.

Todo aumento de capital de una Sociedad Anónima en el Derecho argentino, implica una reforma de los estatutos y exige, por tanto, los mismos requisitos que presidieron la constitución de la Sociedad.

VALLENTHIN, Wilhelm: *Die ersten Entscheidungen zur Beschlussfähigkeit des unvollständigen Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft.*—NJW, Año VII, cuaderno 27, 9 julio 1954; págs. 986-988.

Tomando un acuerdo el Consejo de Vigilancia de una Sociedad por acciones, en Alemania se discute en torno a la validez o invalidez del mismo si dicho Consejo estaba incompleto. La jurisprudencia es contradictoria y vacilante.

VON SCHLICHT, W.: *Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlass bei Fortsetzungsklausel (§ 139 HGB)?*—NJW, Año VII, cuaderno 27, 9 julio 1954; págs. 984-986.

Existiendo cláusula de continuación de la Sociedad entre los herederos de un socio y los restantes socios, con relación al § 139 del Código de Comercio Alemán, puede plantearse el problema de determinar cuándo y cuándo no la cuota social del fallecido pertenece a su caudal relicto.

WOLF, Heinz: *Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen «offenen» Gesellschafters.*—NJW, Año VII, cuaderno 42, 22 octubre 1954; páginas 1549-1551.

Muerto un socio y continuada la Sociedad subrogándose sus herederos en su lugar, esta subrogación se regula por normas del Derecho Sucesorio y del Derecho de Sociedades. El autor examina ciertas cuestiones «fronterizas».

3. Cosas mercantiles.

BRUNO QUIJANO, Ismael E.: *Sistemática de los títulos de crédito en la moderna codificación.*—L, 21, diciembre 1954; págs. 1-3.

Propone las modificaciones que en este aspecto deben introducirse en el Código de Comercio argentino.

FREITAS, Paulo de: *A natureza jurídica do fundo de comércio.*—JF, número 107, abril-junio 1954; págs. 109-117.

Se trata de un recorrido a través de las principales teorías sobre la naturaleza jurídica del patrimonio comercial para, después de criticadas, abrir paso a la explicación de una teoría unitaria, según la cual no existe separación entre el patrimonio civil y el mercantil del comerciante.

GARRIGUES, Joaquín: *Sobre el concepto del cheque y del contrato de cheque.* ROM, volumen XVIII, núm. 52, julio-agosto 1954; págs. 7-42.

Comienza el profesor Garrigues refiriéndose al origen del cheque, para examinar a continuación su naturaleza jurídica, según las diversas teorías (cesión de crédito, estipulación a favor de tercero, estipulación a cargo de tercero, mandato, autorización, delegación). Alude después a la función económica del cheque, comparándole con la letra de cambio. A continuación el autor examina el Derecho Positivo Español y la provisión de fondos como presupuesto del normal funcionamiento del cheque.

Cierra el trabajo una referencia al contrato de cheque, como pacto de disponibilidad.

HALPERÍN, ISAAC: *Requisito de la escritura pública en la venta del fondo de comercio integrado por un inmueble.*—L, 29, diciembre 1954; págs. 1-3.

Por resultar absurdas las consecuencias que en la legislación argentina resultan de exigir tal requisito, se opone a él el autor.

MOSSA, LORENZO: *L'ammortamento nel libro cambiario postumo di Ernest Jacobi.*—NRD, volumen VII, fascículo 7-9, 1954; págs. 203-209.

Sobre la obra póstuma de Jacobi, «Wechsel und Scheckenrecht unter Berücksichtigung des Ausländischen Rechts», 1. primera entrega, Berlín 1954, analiza el profesor Mossa el capítulo referente a la amortización de la letra y del cheque, destacando sus doctrinas.

SCOLNI, MIGUEL: *Proyecto de reformas a la ley 11.867 sobre transmisión de establecimientos comerciales e industriales y exposición de motivos.*—RN, Año LVII, núm. 617, septiembre-octubre, 1954; págs. 557-584.

Examen comparativo del proyecto del autor y de la ley argentina vigente sobre transmisión de establecimientos comerciales, trazado en base al concepto central del «fondo de comercio».

TRAPANI, GIUSEPPE: *Invalidità cambiaria dell'accettazione separata.*—NRD, volumen VII, fascículo 7-9, 1954; págs. 54-58.

La aceptación en la letra de cambio ha de hacerse en la letra misma; la hecha en documento separado es nula. La existencia, en la legislación italiana de algún supuesto excepcional de validez, no altera el rigor del principio general.

4. Obligaciones y contratos.

BESSÓN, ANDRÉ: *Los seguros con cláusula índice y revalorizables.*—CDF, número 2, enero-junio 1954; págs. 35-44.

El autor esboza algunos aspectos de las cláusulas de estabilización aplicadas al contrato de seguro.

Estudia por separado, con referencia a la legislación francesa, el problema con respecto al seguro contra daños y al seguro sobre la vida.

CASTELO BRANCO, HUGO DE LACERDA: *O seguro de mercaderías na venda CIF* JF, núm. 107, abril-junio 1954; págs. 101-108.

En defecto de legislación positiva se hace un estudio de las cláusulas usuales del seguro en la venta CIF, de su valor jurídico y de las consecuencias de su incumplimiento.

HERNANDO DE LARRAMENDI, Ignacio: *Ambito del Derecho de Seguros*.—RDM, volumen XVIII, núm. 52, julio-agosto 1954; págs. 43-70.

Hoy se da por existente un auténtico y verdadero «Derecho de Seguros». El autor alude a los distintos enfoques que se han dado a esta rama del Derecho y esboza su amplio panorama.

OSSA, J. Efrén: *La reforma legal del contrato del seguro*.—DM, tomo XI, número 80, 1954; págs. 19-28.

El autor glosa aquellos preceptos de la legislación colombiana que considera susceptibles de renovación, respetando todo aquello que en el Derecho colombiano de los seguros representa una ordenación acabada.

SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco Miguel: *Contratación por adhesión en el reglamento-tipo de las agencias de transporte*.—RDM, núms. 53-54, septiembre-diciembre 1954; págs. 215-221.

Sostiene el autor que el Reglamento tipo de las Agencias de Transporte es norma de Derecho objetivo y examina la trascendencia de los artículos 17 y 18 del mismo, relativos a la elección de vía para el transporte y a la obligación de publicidad por parte de la Agencia.

VERDERA y TUELLS, Evelio: *El mecanismo de los pagos trámite «clearing» y el problema de la responsabilidad de los organismos gestores*.—RDM, números 53-54, septiembre-diciembre 1954; págs. 161-194.

El hallazgo de la fórmula «clearing» como la más acertada para resolver la crisis del régimen de cambio, los distintos momentos del pago trámite «clearing» y el funcionamiento de los Institutos gestores, dan paso al problema jurídico de su responsabilidad que, fundándose en los principios de la responsabilidad civil y de la Administración, es de desear se extienda a los organismos gestores del «clearing».

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

GARCÍA, GONZALO A. y LÓPEZ OLACIREGUI, José María: *Responsabilidad de las compañías de navegación aérea por daños emergentes de la colocación por terceros de bombas u otros explosivos a bordo de aeroplanos*.—RCA, mayo-agosto 1954; págs. 93-102.

Solucionan la cuestión que el tema plantea en su enunciado, distinguiendo el que la explosión de la bomba cause daños a pasajeros y mercancías o también a terceros en la superficie y en uno y otro caso, según que los vuelos se rijan por las Convenciones de Varsovia y Roma o queden al margen de las mismas.

MALVAGNI, Atilio: *La fuerza mayor civilista y los «peligros del mar» («perils of the sea») en la Convención de Bruselas de 1925 «Relativa a ciertas cláusulas de los conocimientos*.—L. 17, diciembre 1954; págs. 1-3.

6. Derecho de quiebras.

SOTILLO NAVARRO, J. Antonio: *La Retroacción: problemas que presenta.*—RDM, volumen XVIII, núm. 52, julio-agosto 1954; págs. 81-107.

Estudio sobre la retroacción de los efectos de la quiebra y de sus principales aspectos: sustantivo, procesal, registral, etc. Referencias a Derecho extranjero.

IV. DERECHO NOTARIAL

GÓMEZ-ACEBO, F.: *La responsabilidad civil del Notario.*—RDN, julio-diciembre 1954; págs. 311-332.

Estudia un conjunto de problemas relacionados con el tema que desdobl'a en dos partes: responsabilidad civil profesional y extraprofesional, para cuyos tratamientos hay que tener en cuenta la determinación que en cada ordenamiento se da a la relación jurídica entre el Notario y los otorgantes.

LARRAUD, R.: *El Derecho notarial. Derecho autónomo de la Forma.*—RDN, julio-diciembre 1954; págs. 287-310.

Se investiga un concepto del Derecho notarial para con él determinar sus límites y concretar su contenido.

NÚÑEZ-LAGOS, R.: *El Derecho notarial.*—RDN, julio-diciembre 1954; páginas 211-266.

Consta el trabajo de dos partes: la primera fué una Memoria presentada a III Congreso Internacional del Notariado Latino y en ella se estudia el Derecho notarial como rama especial del Derecho y como Derecho autónomo de la forma y la codificación del Derecho notarial, incluyendo un Proyecto de Reglamento notarial español.

En la segunda se tratan temas adyacentes: profesionalismo, especialización, fuentes del Derecho notarial y tareas a emprender.

THIERY, E.: *La «des-solemnización» de los testimonios y copias simples de actas notariales.*—RIN, julio-septiembre, 1954; págs. 280-288.

Trata de la singular costumbre desarrollada entre los notarios belgas de entregar a sus clientes fotocopias de sus actas en lugar de copias simples.

TORRES ABALJON, Abdón: *La libertad del público en la elección de Notario.* N. R., núm. 900; págs. 13-15.

Entre los sistemas de libertad absoluta y reparto adopta la vía media de limitar el número de instrumentos o de folios que cada notario puede autorizar anualmente.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción.

ALLORIO, Enrico: *Necesidad de tutela jurídica*.—RFDM, tomo IV, núm. 14, abril-junio, 1954; págs. 87-114.

Conjunto de observaciones críticas al concepto *Rechtsschutzbedürfnis*, de Schönke, y su paralelo en los sistemas jurídicos latinos; el «interés en obrar».

COUTURE, Eduardo J.: *Concepto, sistemas y tendencias del derecho procesal civil*.—RFDM, abril-junio, 1954; págs. 231-273.

Alegato en defensa del carácter de ciencia del Derecho procesal, frente a actuales afirmaciones que lo reducen a una mera práctica profesional.

2. Parte general.

ALAMILLO, J.: *Política judicial*.—RP, Año X, núm. 4, octubre-diciembre 1954; páginas 529-536.

Encomiosos comentarios sobre la Ley de 20 de diciembre de 1952 creando un Consejo judicial al que se confían funciones directas en orden a la selección de personal.

BEITZKE, Günther: *Fragen des interlokalen Verfahrensrechts*.—MDH, Año VIII, cuaderno 6, junio, 1954; págs. 321-324.

La existencia de diversas zonas de ocupación en Alemania plantea al jurista interesantes y difíciles problemas de Derecho Interlocal. El autor examina la cuestión en el campo procesal.

BETTERMANN, Karl August: *Eigentumsherausgabeklage, Mieträumungsklage und Mietaufhebungsklage*.—MDP, Año VIII, cuaderno 4, abril 1954; páginas 196-200.

En sentencias de 10-XI-52 y 9-II-53 el BGH ha afirmado: Si el demandante exige, por vía principal, negando la existencia de una relación arrendaticia la restitución de un local en base a su propiedad, y, eventualmente, por si se estima existente el arrendamiento, la invalidación del mismo y el desahucio, no existe acumulación de acciones, sino acción única fundada en diversas causas jurídicas. Las citadas sentencias han sido muy criticadas en Alemania. El autor las toma en consideración, enlazando sus postulados con la doctrina del objeto del proceso. Se muestra contrario a ellas.

BORSSELLI, E.: *Il XV Congresso della Unione Internazionale degli Avvocati a Bruxelles*.—DG, noviembre-diciembre 1954; págs. 401-405.

Breve reseña de los actos del Congreso, del contenido de las ponencias y del trabajo de las Comisiones.

BREMBERG, Axel M.: *Algo más acerca de los poderes instructorios del juez.*—L, 24, diciembre 1954; págs. 1-4.

El proceso argentino, a fuer de instrumental, va perdiendo la finalidad de sí propio. Es necesario dar mayores poderes de intervención al juez para dirigirlo en busca de la verdad material.

CASTIGLIONE, Theodolindo: *Auto-acusación como excusa para no declarar en calidad de testigo.*—RCA. Tomo XXXII, núm. 1, enero-abril 1954; páginas 5-19.

En la Ponencia presentada a la VIII Conferencia Interamericana de Abogados (Sao Paulo, marzo 1954), el autor estima que la auto-acusación es excusa legítima para no declarar como testigo. Sólo debe aceptarse la auto-acusación cuando tenga visos de veracidad.

DE MIGUEL, Adolfo: *El Ministerio Fiscal, magistratura de amparo.*—RP. Año X, núm. 4, octubre-diciembre 1954; págs. 537-571.

Discurso de recepción en el Instituto Español de Derecho Procesal, en el que su autor pone especial empeño en destacar la función social de amparo y garantía que corresponde al Ministerio Fiscal. Contestación del señor Viada.

FANELLI, R.: *Mancata costituzione delle parti, riunione di procedimenti e litispendenza.*—DG, noviembre-diciembre 1954; págs. 409-413.

Sostiene que en el caso de acumulación de procesos deben preexistir varias causas en tramitación, no bastando la mera existencia jurídica de relaciones procesales.

IMAZ, Esteban: *Limites objetivos de la cosa juzgada.*—L, 7, diciembre 1954; páginas 1-5.

Intenta aplicar los principios de la teoría egológica del Derecho de Carlos Cossio al problema de la cosa juzgada.

KLEYBOLTE: *Gerichtsvollzieher-Staatsorgan oder Vertreter des Glaubigers?*—NJW. Año 7, cuaderno 40, 8 octubre 1954; págs. 1469-1472.

El ejecutor judicial ¿es un órgano del Estado o un mero representante del acreedor? Se analiza la cuestión en el Derecho alemán.

LENT, Friedrich: *Über die Beseitigung der Rechtszersplitterung.*—NJW. Año 7, cuaderno 43, 29 octubre 1954; págs. 1585-1589.

Un mal de los tiempos actuales que llena de dificultad la tarea del jurista es el excesivo fraccionamiento del Derecho que se resiente de falta de unidad. El autor señala algunos medios de unificar las fraccionadas normas procesales alemanas.

MARTÍNEZ CARRASCO Y RÓDENAS, José María: *La declinatoria por incompetencia*.—RP. Año X, núm. 4, octubre-diciembre 1954; págs. 609-624.

Estudio de la declinatoria en base a las disposiciones de la legislación procesal española.

MEDRANO, Samuel W.: *Problemas de la organización de la justicia en las primeras soluciones constituyentes*.—RFDBA, núm. 40, septiembre-octubre 1954; págs. 1127-1148.

Historia de los problemas constitucionales relativos a la Administración de justicia en las Constituciones anteriores a 1826.

NADELMAN, Curt H.: *Represalias contra las sentencias americanas*.—RP. Año X, núm. 4, octubre-diciembre 1954; págs. 573-586.

Ante el sistema adoptado en la proyectada reforma del Derecho internacional privado francés puede ocurrir que al no ser ejecutadas en U. S. A. las sentencias de Tribunales extranjeros, tampoco lo sean en Francia las sentencias americanas como represalia. El autor fundamenta la postura americana y critica la «represalia» francesa.

PASINI COSTADOAT, Emilio: *Algunos aspectos del régimen de prueba en la ley 14.237*.—RFDBA, núm. 39, julio-agosto 1954; págs. 860-873.

Estudio exegético de las diez novedades que en materia de prueba se establecen en la Ley de reforma del proceso civil y comercial argentino.

PERÉ RALUY, José: *Dos problemas sobre tasación de costas*.—RJC. Año LIII, volumen LXXI, núm. 6, noviembre-diciembre 1954; págs. 543-549.

Alude a estas cuestiones: A) Conceptuación como costas de los honorarios de letrado devengados en actuaciones procesales en que no sea legalmente necesaria la dirección técnica. B) Artículo 11 del Estatuto de Procuradores.

PODETTI, J. Ramiro: *Caducidad de instancia*.—RFDBA, núm. 40, septiembre-octubre 1954; págs. 985-1006.

Estudia el concepto y los fundamentos teóricos de la perención de instancia para hacer una exégesis de sus presupuestos procesales en Argentina.

VILLAR ROMERO, José María: *Unificación de fueros: el problema de las jurisdicciones especiales*.—RDP. Año XXXVIII, núm. 452, noviembre 1954; páginas 992-1003.

Se reproduce la «Comunicación» elevada por su autor al III Congreso Nacional de la Abogacía (Valencia, junio 1954). En el presente trabajo se pro-

pugna la supresión de la multiplicidad jurisdiccional hoy imperante y que no tiene justificación. Examina el autor qué jurisdicciones deben subsistir y cómo y cuales no.

3. Procesos especiales.

BERCAITZ, Miguel Angel: *Bases para un Código nacional de lo contencioso-administrativo*. — RFDBA, número 40, septiembre-octubre 1954; páginas 1007-1022.

Esbozo de las bases fundamentales a que debe someterse la elaboración de un Código de lo contencioso-administrativo argentino, solicitando un mayor control jurisdiccional de los actos de la Administración.

BERCAITZ, Miguel Angel: *Recurso contencioso-administrativo*.—L, 23 diciembre 1954; págs. 1-3.

Glosa en comentario a una sentencia reciente los presupuestos del recurso contencioso-administrativo argentino.

BETTERMANN, Karl August: *Die Revision wegen Wesentlicher Verfahrensmängel insbesondere nach BVerwGG*.—NJW, Año VII, cuaderno 36, 10 de septiembre de 1954; págs. 1305-1310.

De las tres clases de recurso de revision que conoce la Ley sobre el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal (BVerwG), una descansa en los vicios esenciales en el procedimiento. Es estudiada por el autor.

GEIGER, W.: *Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG)*.—NJW, Año VII, cuaderno 9, 23 de julio de 1954; págs. 1057-1061.

El § 31, párrafo 1.º de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal de la Alemania de Bonn (BVerfGG) dice: «Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la República Federal y de los «Länder», así como a todos los Tribunales y autoridades.» Se estudia el alcance de esta disposición.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Ensayo de una teoría de las crisis procesales en el contencioso-administrativo*.—RAP, núm. 14, mayo-agosto 1954; páginas 123-142.

Después de dilucidar el concepto y clases de las llamadas crisis procesales en la moderna ciencia del proceso aplica su técnica al procedimiento contencioso-administrativo, dividiendo el trabajo en tres partes que se ocupan, sucesivamente, de las crisis subjetivas, objetivas y de la actividad.

GÖPPFINGER, HORST: *Das Kostenfestsetzungsverfahren und die Kostenfestsetzungsgebühr im Mahnverfahren.*—MDR, Año VIII, cuaderno 6, junio 1954; págs. 327-331.

Cuestiones sobre fijación de costas en el procedimiento monitorio.

H. NADELMANN, DR. Kurt: *Los Estados Unidos de América y los acuerdos sobre ejecución recíproca de sentencias extranjeras.*—RFM, tomo IV, número 14, abril-junio 1954; págs. 47-68.

El fracaso de la quinta y sexta sesiones de la Conferencia de La Haya con respecto al tema de la ejecución recíproca de sentencias extranjeras de pago de dinero llevó a pensar en la falta de resultados prácticos. En opinión del autor la coyuntura ha mejorado y se puede llegar a un acuerdo que alcance incluso el área de los Estados Unidos.

KLEYBOLTE: *Unser Zwangsvollstreckungswesen.*—NJW. Año 7, cuaderno, 30, 30 julio 1954; págs. 1097-1100 .

El autor hace algunas consideraciones de tipo práctico sobre ciertos extremos de la ejecución forzosa en la Legislación alemana.

PETERS, C.: *Wiedereinsetzung, Wiederaufnahme und zwischenzeitlich erworbene Rechte Dritter.*—MDR. Año 8, cuaderno 4, abril 1954; páginas 193-196.

En la reposición de un proceso a un estado anterior o en la revisión del mismo puede ocurrir que, entretanto, los terceros hayan adquirido derechos. ¿Se ven éstos afectados por las figuras indicadas? El problema se relaciona con la protección a la apariencia jurídica. El autor se ocupa del mismo fijándose en algunos recientes fallos del BGH no del todo aceptados por la doctrina.

SCHAFFER, HANS: *Gesetzkraft und bindende Wirkung der Entscheidungen der Bundesverfassungsgericht.*—NJW. Año 7, cuaderno 40, 8 octubre 1954; págs. 1465-1469.

Consideraciones sobre la fuerza de la cosa juzgada y la eficacia vinculante de las decisiones del Tribunal Federal Constitucional de la Alemania occidental.

TSCHISCHGALE, M.: *Der Streitwert in Ehesachen.*—NJW. Año 7, cuaderno 41, 15 octubre 1954; págs. 1506-1509.

Sobre la base principal de la Ley sobre costas judiciales (GKG), el autor indica algunos criterios en torno a la determinación de la cuantía del litigio en asuntos matrimoniales.

VOLMER, Bernhart: *Prozessvertretung vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit*.—NJW. Año 7. cuaderno 30, 30 julio 1954; págs. 1100-1103.

Sobre la base de un trabajo de Wickenhagen, el autor insiste sobre ciertas cuestiones dudosas en materia de representación procesal ante la jurisdicción social.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DE 26 DE ENERO DE 1955

Exceso de cabida

Vendidos dos solares procedentes de una finca mayor, de la que se habian ido practicando distintas segregaciones con linderos fijos, y presentado el documento en el Registro lué inscrito salvo en cuanto a un exceso de cabida, sin que se corriera contra la calificación. Aportados con posterioridad a una Sociedad constituida, insiste el Registrador en la suspensión, por falta de título inscrito. Interpuesto recurso gubernativo el Presidente de la Audiencia declaró inscribible el documento atribuyendo la diferencia a simple error de medición, y alzado el Registrador de la decisión presidencial, la Dirección General de los Registros resuelve:

A) *La determinación de la identidad de los predios, según la Jurisprudencia hoy recogida en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, debe ser apreciada discrecionalmente, por el Registrador, quien, al calificar, conjugará los elementos necesarios, siendo aconsejable la interpretación restrictiva para evitar expansiones en perjuicio de titulares protegidos.*

B) *En defecto de la aportación de planos y otros medios de prueba, las dudas del Registrador pueden estimarse desvanecidas en el caso presente por la circunstancia de ser un hecho cierto y visible que la manzana formada por los solares discutidos está totalmente edificada con excepción de uno y que todos los propietarios circundantes poseen la superficie que les pertenece.*

En consecuencia ha acordado ratificar la inscribibilidad del título.

Se cita en apoyo de la presente resolución, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953 y las Resoluciones de 26 de junio de 1933, 11 de julio de 1936, 14 de marzo de 1944, 22 de diciembre de 1949 y 2 de febrero de 1950.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1955 SOBRE BIGAMIA

Un giro en la doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo

Por GABRIEL GARCIA CANTERO,

Doctor en Derecho, Juez Comarcal, Alumno de la Escuela Judicial

SUMARIO: Introduccion y antecedentes.—I. Doctrina anterior de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sobre el delito de bigamia.—II. Influencia indirecta del Concordato sobre el delito de bigamia.—III. Consecuencias civiles de la sentencia condenatoria por bigamia.—IV. Conclusiones finales.

Vivimos, de un lado, en una etapa de liquidación de las situaciones jurídicas matrimoniales nacidas bajo la vigencia de una legislación tan radical como la de nuestra segunda República; de otro, en un momento de derecho constituyente, pues se están gestando las leyes que exige el Concordato con la Santa Sede en su desarrollo interno dentro de la legislación española. Por cuanto se refiere a la primera, la mejor buena voluntad que han puesto la Iglesia y el Estado no ha sido bastante para evitar la producción de algunos conflictos serios, y hasta sangrantes, como ha sucedido, por ejemplo, con los matrimonios meramente civiles contraídos por católicos al amparo de la ley de 28 de junio de 1932.

En este mismo ANUARIO, y a propósito de una reciente obra sobre la materia debida a la pluma de Monseñor León del Amo, nos hemos ocupado (1) de esos matrimonios desde un punto de vista preferentemente civil. La sentencia de 14 de enero de 1955 nos traslada al orden penal. Ambos aspectos se influyen recíprocamente; pero el segundo, aparte un distinto enfoque, pudiera decirse que arranca de un supuesto diferente.

Mientras que sólo tengamos una unión exclusivamente civil, contraída al amparo de la mencionada ley republicana, y, todo lo más, un deseo, en alguno de los así ligados, de contraer matrimonio canónico con tercera persona, podrá, en el fuero interno de su conciencia, o en el externo, aconsejarse que los así unidos civilmente se casen canónicamente (Del Amo), o tratarse de la posibilidad de obtener en vía civil la disolución del ligamen alegando la exclusión de indisolubilidad (Montero), o la necesidad de que el Estado dicte una ley de divorcio vincular para esos matrimonios (Regatillo), o inclinarse por una disolución automática—a modo de un privilegio paulino «civil»—del primer matrimonio civil al contraer el segundo canónico (Fernández Vivanco). Pero al plantearse la cuestión en el orden penal, el problema cambia de perspectiva:

(1) "Las uniones meramente civiles, contraídas al amparo de la Ley de 20 de junio de 1932, ¿deben disolverse?", ADC, VII-4.º, págs. 1179 y ss. Puede verse también Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, "Las formalidades civiles del matrimonio canónico", edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1955, especialmente el capítulo titulado "Cuestiones de Derecho transitorio", págs. 809 y ss.

lo temido se ha realizado; uno de los casados civilmente, declarándolo así u ocultándolo en el expediente matrimonial, ha contraído matrimonio canónico con distinta persona, matrimonio que—y ello no cuenta a efectos penales—ha podido inscribirse en el Registro civil.

La cuestión se agrava extraordinariamente porque la Iglesia Católica no puede renunciar a reconocer validez y eficacia a tal casamiento. Por otro lado, el Estado—que en el artículo 23 del Concordato reconoció «plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico»—sigue otorgando también plenitud de efectos a aquellas uniones meramente civiles contraídas por católicos al amparo de la ley de 28 de junio de 1932, fuera de los casos (que aquí no consideramos) de ordenados *in sacris* o religiosos prötesos. En suma: dos matrimonios contraídos por una misma persona que simultáneamente producen efectos civiles. ¿Existe aquí bigamia? ¿Se hará recaer el peso de la sanción penal y de la reprobación social implicada en ella sobre tal persona? Veamos lo que ha declarado la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1955.

ANTECEDENTES: El procesado José F. y Luisa V., contrajeron matrimonio civil en S. el día 1 de febrero de 1932, previo mutuo y perfecto acuerdo de no realizarlo canónicamente y, a finales de 1948, dicho procesado, por decavencias con su consorte, marchó de su casa yéndose a vivir a la de Teresa D., con la que, sin estar disuelto dicho vínculo nupcial, ni intentado el mismo disolverlo o anularlo, constándole por tanto que estaba vigente y a lo que le obligaba, contrajo matrimonio canónico en 3 de septiembre de 1949 con dicha Teresa, a la que manifestó ser soltero y habiendo solicitado del Vicariato General del Arzobispado la realización del nuevo matrimonio que fué autorizado, no obstante conocerse el hecho del anterior civil, en razón de no existir en la ley eclesiástica razón estrictamente canónica para denegar lo; matrimonio que no ha sido inscrito en el Registro Civil. El procesado aparece condenado por sentencia firme de 10 de mayo de 1943, por delito de auxilio a la rebelión.

La Audiencia condenó a José F. en concepto de autor de un delito de bigamia del artículo 471 del Código Penal, concurriendo la agravante de reiteración, a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor.

El sentenciado interpuso recurso de casación al amparo de los números 1 y 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando la infracción de los artículos 1.º, 471 y 478 del Código Penal, así como la existencia de error de hecho en la apreciación de los medios probatorios.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo desestima el recurso con base en el siguiente único Considerando:

«Que no pueden ser acogidos ninguno de los cuatro motivos del recurso, que alegan infracción de los artículos 1.º, 471 y 478 del Código penal, porque el conocimiento que exige el dolo existe en la subsistencia del matrimonio civil anterior del propio recurrente que, como establece el hecho probado, hizo gestiones para contraer otro matrimonio canónico, pero no para anular o disolver el civil anterior, porque los dos matrimonios, en sus formas civil y canónica, son reconocidos por la ley y, en su consecuencia, se da el delito de bigamia cuando coexisten sobre un contrayente doble vínculo de tales clases, sin que sea necesario reforzar el hecho probado con documentos auténticos que no ejercen influjo alguno cuando han sido tenidos en cuenta en lo necesario por el Resultando correspondiente, y, en último término, en el recurso de casación no se admite acusar a otras personas, sino sólo se da para defensa del propio

recurrente, cuya responsabilidad no se excluye por cualquier consejo o informe que pudiera recibir y seguir.»

No es nuestro propósito hacer un estudio penal de la bigamia (2), pero la sentencia transcrita presenta tan singular importancia que, excepcionalmente la haremos objeto de un comentario en este ANUARIO DE DERECHO CIVIL; sea dejar de subrayar la sorprendente desviación producida en la doctrina de dicha Sala respecto del delito de bigamia, notaremos las posibles y graves repercusiones que tal sentencia puede producir en el orden civil, sobre todo teniendo en cuenta que ha sido dictada después del Concordato.

I

Doctrina contraria a la sentada en esta sentencia había sostenido con anterioridad la misma Sala de nuestro más Alto Tribunal. En dos casos sensiblemente idénticos al aquí resuelto se absolvió al acusado de bigamia. En un tercero se absolvió igualmente, pero se suscitaron fuertes dudas acerca de la validez del primer matrimonio civil. En los tres se trataba de que el acusado había contraído un matrimonio civil y con posterioridad, y sin estar legalmente disuelto este vínculo, otro canónico. Tales hechos encajan, aparentemente al menos, en el artículo 471 del Código penal vigente: «El que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior».

En el caso resuelto por la sentencia de 29 de noviembre de 1944 el procesado había contraído en 18 de noviembre de 1935 matrimonio civil con sujeción a las disposiciones legales en aquella fecha, con C. V., habiendo nacido de dicha unión el niño J. J., y sin hallarse disuelto este matrimonio el procesado contrajo otro canónico con la procesada R. M. en 28 de septiembre de 1940, que conocía las primeras nupcias de aquél. Los procesados, antes de celebrar su matrimonio, acudieron en petición de consejo respecto a su libertad de contraer nupcias ante el señor cura párroco que había de autorizar el matrimonio, quien, conocidos los hechos anteriores, manifestó a los procesados su creencia de que podían contraer matrimonio canónico. Condenados por el delito de bigamia del artículo 465 del Código penal de 1932 con la atenuante 4.ª del artículo 9.º de igual Código, se interpone a su nombre recurso de casación. El Tribunal Supremo declara *haber lugar* a él, y en segunda sentencia *absuelve* a los procesados. En ella se sienta la siguiente doctrina: «Que el delito de bigamia, como toda infracción punible, requiere la concurrencia del dolo específico dirigido a infringir una determinada norma penal que en este caso es el artículo 465, y tal dolo específico falta y con ello desaparece toda responsabilidad criminal cuando, como aparece del hecho probado, los procesados manifiestan la existencia de un matrimonio civil anterior del contrayente al cura párroco que había de autorizar el sacramento, y esto no sólo expresó su creencia de

(2) En la doctrina italiana reciente, puede verse RICCIO, "La bigamia", Nápoles, 1934, cuyas conclusiones no son totalmente aplicables a nuestro Derecho; y en la española el excelente estudio de FERRER SAMA: "Noción y características del delito de bigamia", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, I-1.º, págs. 23 y ss., y el más breve de QUINTANO RIPOLLES, A. en la Nueva Enciclopedia Jurídica Española, III, pág. 413.

que podían casarse los procesados, sino que posteriormente procedió a la celebración del matrimonio, por lo que resulta vulnerado el art. cu.º 1.º del Código penal en cuanto exige para la punición la concurrencia de voluntad, y, en consecuencia, procede acoger el único motivo del recurso.»

Análogo era el caso resuelto por la sentencia de 6 de junio de 1945, con la diferencia—no esencial a efectos penales—de que el primer matrimonio civil había sido celebrado en Montevideo el 2 de enero de 1933, siendo inscrito en el Registro del Consulado el 30 de diciembre de 1943; con anterioridad a esta última fecha, en el mes de noviembre de 1943, el procesado contrajo matrimonio canónico en España, habiendo manifestado en el expediente matrimonial la existencia de dicho matrimonio civil no disuelto. La Audiencia absolvió del delito de bigamia imputado, pero el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por falta de aplicación del artículo 465 del Código penal de 1932, pues al confesar el procesado que estaba casado civilmente no pudo el Tribunal apreciarle falta de dolo. La Sala 2.ª del Tribunal Supremo declara *no haber lugar* al recurso con base, en los siguientes razonamientos: No es dolosa la voluntad «si obra al impulso de legítimos propósitos y en la creencia racionalmente fundada, bien sea cierta o errónea, de ejercitar el propio derecho sin lesión de ningún otro que en el orden penal se halle protegido»; en este caso «la exculpación del procesado, por su falta de dolo en la conducta que la sentencia recurrida enjuicia, surge notoriamente de la narración de hechos probados que el mismo juzgador establece en cuanto al matrimonio canónico precedió el oportuno expediente instruido a instancia del propio interesado, y en el que tanto éste como su futura cónyuge y los testigos llamados a deponer manifestaron la existencia del matrimonio civil anterior celebrado en Montevideo, lo que no fué obstáculo para su aprobación por la autoridad eclesiástica y la celebración subsiguiente sin impedimento alguno que de aquel vínculo dimanara.»

Las peculiaridades del caso contemplado por la sentencia de 22 de marzo de 1945 son las siguientes: Se declara probado que el 19 de noviembre de 1937 el Juez Municipal de V. unió en matrimonio civil al procesado V. P. con su prima hermana M. B., *sin la observancia de los requisitos legales exigidos para su validez en aquella época*, matrimonio o unión cuya inscripción en el Registro Civil fué anulada por auto del propio Juzgado Municipal con fecha 18 de octubre de 1941. Una vez celebrada esta unión, el procesado V. P., que nunca vivió en compañía de su prima hermana M. B., entabló relaciones amorosas con A. I. con el propósito de contraer matrimonio canónico con ella por creer que su unión con su prima hermana no podía tener el carácter ni la consideración del matrimonio civil, y para asegurarse más en su creencia consultó con diversas personas que les manifestaron que podía casarse canónicamente con A. I. porque su unión anterior no era ni podía considerarse como matrimonio civil que impidiese celebrar el canónico que tenía en proyecto, contrayéndolo efectivamente el 6 de noviembre de 1940 con la firme creencia de que podía celebrarlo. Absuelto del delito de bigamia por la Audiencia, el Fiscal interpuso recurso de casación por inaplicación del artículo 465 del Código penal de 1932. El Tribunal Supremo declara *no haber lugar* a él y sienta la doctrina siguiente: «La Sala sentenciadora... estimó que las manifestaciones consignadas en la referida acta (de matrimonio civil) estaban desvirtuadas por otro documento igualmente au-

téntico (el auto de anulación de la inscripción de dicho matrimonio) en el que se declara, que éste se celebró con arreglo a disposiciones distintas a las vigentes antes del 19 de julio de 1936, y, por tanto, juzgó que en la celebración de ese primer matrimonio no se habían observado los requisitos legales exigidos para su validez. El fallo absolutorio se cimenta en el juicio formado por el Tribunal *a quo* de la total ausencia de intención de delinquir en el procesado, al contraer el segundo matrimonio en la firme creencia, deducida de la forma anormal de celebración del primero y de opinión de las diversas personas a las que consultó para asegurarse si podía contraer matrimonio canónico, de que no había obstáculo legal que lo impidiese por no tener la consideración de matrimonio civil válido su unión anterior, y al ser así, como la voluntad de delinquir es el elemento esencial del delito, no es posible declarar que la sentencia recurrida ha incidido en la infracción, por no haberlo aplicado, del artículo 465 del Código punitivo.»

Parece deducirse de la doctrina sentada en esta sentencia que los argumentos básicos del Tribunal Supremo para rechazar el recurso son dos: 1.º Que el primer matrimonio era nulo al no reunir los requisitos exigidos por la legislación a la sazón vigente para su validez. 2.º Que el sujeto estaba firmemente persuadido de que tal unión no constituía un matrimonio civil válido. Se desprende de ello que los datos configuradores no son exactamente los mismos que en los dos casos anteriores, pues allí no se ponía en duda la validez «civil» del primer matrimonio y la convicción íntima del sujeto era que, no obstante, dicha unión no tenía valor alguno para el Derecho canónico.

La doctrina de la sentencia de 22 de marzo de 1945 no deja de ser objetable, pues como dice Ferrer Sama (3): «En la bigamia... no es presupuesto jurídico la existencia de un matrimonio válido, sino simplemente la existencia de un matrimonio no disuelto legítimamente, conceptos estos que en modo alguno pueden ser equiparados.» Además, no debe olvidarse que el auto del Juzgado anulando la inscripción es de fecha posterior a la celebración del matrimonio canónico, y que ese auto no podía tener más alcance que la anulación de la inscripción, pero no la del matrimonio civil. Resulta, por tanto, que, en el fondo, el caso aquí resuelto es muy semejante a los anteriores: matrimonio civil republicano y canónico posterior.

Examinando en conjunto la doctrina del Supremo sentada en las referidas sentencias de 29 de noviembre de 1944, 22 de marzo y 6 de junio de 1945, se observa un inconfundible propósito de soslayar la aplicación de la sanción penal a quien, estando casado civilmente durante la vigencia de la ley de 28 de junio de 1932, ha contraído matrimonio canónico sin haberse disuelto el primer vínculo. Dando por supuesto la existencia del conflicto entre los dos fueros, canónico y civil, se abstiene de agravarlo, evitando ese posible escándalo entre las gentes sencillas que viesen condenado por bigamia a quien se casó «como Dios manda».

La sentencia de 14 de enero de 1955 ha seguido un camino contrario, prescindiendo del procedimiento—acaso no muy correcto formalmente—de acudir a la exclusión del dolo que se había utilizado en las sentencias anteriores.

(3) Loc. cit., págs. 27. Distinto es el sistema italiano: cfr. QUINTANO, loc. cit., página 414.

II

Firmado entretanto el Concordato entre la Santa Sede y el Gobierno español el 27 de agosto de 1953, parece que un nuevo factor debe tenerse en cuenta. Es cierto que en el Concordato, como reconocen todos los autores que del problema se han ocupado, nada se ha convenido acerca de la situación «civil» en que van a quedar esos matrimonios republicanos; pero no puede desconocerse que el propio Concordato arroja alguna luz indirecta cuando se trata de valorar penámente la conducta de quienes encontrándose en esa situación contraen canonicamente, pues en el artículo 23 del mismo se dice—nótese que es en presente—que «el Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico». Y como la Iglesia Católica no puede, en términos generales, negar el matrimonio a tales personas, y el artículo 23 creemos que es una de las normas que entran inmediatamente en vigor, derogando (cfr. art. 36, pár. 1.º) las disposiciones de nuestro derecho interno que se le opongan, y, por otro lado, no tiene limitación alguna, estimamos que bien pudo el Tribunal de lo penal considerar que existía una causa de exclusión de la antijuridicidad; se trataría de una ley—el Concordato—posterior a la comisión del hecho delictivo, pero que por ser beneficiosa para el reo tendría efecto retroactivo (art. 24 del Código penal).

III

Son muy graves las posibles consecuencias civiles de esta condena penal por bigamia. Sin poder plantear ahora las relaciones que se dan entre el Derecho civil y el penal (4) y, más concretamente, el influjo de una sentencia penal en un proceso civil posterior sobre los mismos hechos, sólo diremos que cuando se trata de «la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido», el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento criminal vincula al juez civil en el solo caso de que la sentencia penal declare «que no existió el hecho de que la (acción) civil hubiese podido nacer»; parece desprenderse que no habrá vinculación en el supuesto de sentencia penal condenatoria ni en el de absolutoria por motivo diverso del indicado; tampoco cuando se ejercite una acción distinta de las de restitución, reparación o indemnización, como puede ser la acción para pedir la nulidad de un matrimonio o de su inscripción.

Sin embargo, pese a la no vinculación, nadie negará la enorme fuerza que una sentencia condenatoria por bigamia puede tener en el proceso civil en que se pretendan obtener todas las consecuencias de este orden.

En el caso de la sentencia de 14 de enero de 1955, el segundo matrimonio, como vimos, era canónico, y por ello sólo ante los Tribunales eclesiásticos podría demandarse su nulidad; pero para el Derecho canónico el primer matrimonio civil no constituye causa de nulidad, luego lo único que la parte interesada puede lograr es la nulidad de la inscripción en el Registro civil. Aunque sólo

(4) Cfr. en general el estudio de SILVA MELERO, V. "Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal", en *Anuario de Der. Pn.*, 1-2.º, págs. 246 y ss., y sus conclusiones, pág. 254.

se trate de esto, es fácil imaginarse lo que ello significa en este caso y en todos los casos semejantes: por un lado, un matrimonio canónico que el Estado no reconoce para ningún efecto; de otro, un matrimonio exclusivamente civil al que se le reconocen plenitud de efectos. Las consecuencias en cuanto a la legitimidad de los hijos (5), alimentos, derechos hereditarios, etc., son gravísimas; el conflicto de conciencia, agudísimo, pues se coloca a tales ciudadanos entre el concubinato y el delito (al vivir con la segunda mujer se le puede perseguir por adulterio y por abandono de familia). Más aún: pueden originarse otros insoslayables conflictos de conciencia, pues la mujer en el segundo matrimonio se considera soltera civilmente mientras que para la Iglesia es casada.

IV

No acertamos a descubrir las razones que ha podido tener la Sala 2.^a del Tribunal Supremo para apartarse de la solución dada en 1944 y en 1945; máxime si se tiene en cuenta el Concordato. Ciertamente que con aquella no se eliminaban los conflictos civiles como expresamente reconocía la sentencia de 6 de junio de 1945 al aludir a esos «otros problemas de posible planteamiento entre los interesados... respecto a la validez y subsistencia del vínculo civil primeramente contraído y a las consecuencias del canónico posterior, que son cuestiones ajenas a la jurisdicción penal». Pero es indudable que con una sentencia condenatoria esos problemas civiles se agravan, y siempre parecerá excesivamente riguroso el castigo de quien, en último término, contrajo matrimonio conforme a la Ley de Dios, aunque su anterior conducta no se haya ajustado precisamente a esa misma ley divina.

(5) Algunos aspectos en FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Inscripción en el Registro de hijos habidos en un segundo matrimonio, contraído sin haberse disuelto el primeramente celebrado", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, de 15 de septiembre de 1951, núm. 176.

II. SENTENCIAS ANOTADAS

Arrendamiento urbano.—Casa de tolerancia.—Excepción de incompetencia jurisdiccional.—Causa ilícita (S. 23 febrero 1955)

A. Se interpone recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia de la Audiencia, admitiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción a la demanda de desahucio de una finca urbana, motivado en que la competencia está predeterminada por la interpretación del contrato y en que es inexacta su calificación de contrato de arrendamiento de local de negocio (tesis del demandado aceptada por la Audiencia), por tratarse de un arrendamiento de industria (tesis del demandante aceptada por el Juzgado de primera instancia).

El T. S. declara *no haber lugar* al recurso, porque en todo caso (se trate o no de local de negocio) en el juicio se ventila la falta del precio convenido, "y tanto la legislación anterior, art. 1.563 de la L. E. C., como la actual, artículo 161 de la L. A. U. de 31 de diciembre de 1946 y apartado E) del art. 8.º del D. de 24 de enero de 1952 sobre normas procesales, atribuyen el conocimiento de estos juicios de carácter sumario a los Jueces municipales y comarcales en ésta".

OBSERVACIONES.—La sentencia es singular en la jurisprudencia y por una razón ajena a la doctrina antes recogida. El arrendamiento, ocasión del pleito, es de local de negocio o industria de una "casa de tolerancia". En el curso del proceso no se discute la licitud y eficacia del arrendamiento; la judicatura se ha abstenido de pronunciarse al respecto, siguiendo la línea estricta de la justicia rogada. Lo que es de lamentar, pues aplicando la reiterada doctrina jurisprudencial de la eficacia *ipso iure* de la nulidad y el principio *iura novit curia*, se hubiera debido declarar la nulidad de ese arrendamiento de "casa de tolerancia y bar, con entrega de mobiliario, enseres y efectos necesarios para continuar el tráfico inmoral a que su dueño la dedicaba" (1), y se hubiera cortado de raíz la práctica viciosa que se manifiesta en el caso de autos.

La sentencia anotada no tacha de nulidad, pero tampoco significa nada en favor de la validez de la escritura pública de arrendamiento de una casa de tolerancia. El oficio de leno y la explotación de las mancebías se han considerado, en general, el uno, repugnante, y la otra, negocio contrario a la moral y a las buenas costumbres, más infame aún que la misma prostitución. Por ello, puede considerarse doctrina común la nulidad del contrato de arrendamiento para negocio o de industria de tal género, por la ilicitud de su causa (arts. 1.251. 1.275 C. c.), debiendo el notario no sólo excusar, sino negar su ministerio, por

(1) Frases del primer considerando de la sentencia.

ser un contrato contrario a la moral y a las buenas costumbres (art. 145 Reg. N.) (2).

Excepcionalmente, se ha defendido la validez de tal escritura por estar reglamentada la prostitución (3). La tolerancia y la reglamentación (vigilancia) administrativa no implica la eficacia jurídica civil ni elevar tal acto consentido a causa lícita y hacerlo conforme a las buenas costumbres. Hay dos tipos de causa ilícita: los de los arts. 1.305 y 1.306 C. c.; este último se refiere expresamente a la causa torpe que no constituye delito ni falta. Los contratos de juego, de suerte, envite o puro azar, aunque esté tolerado el juego y aunque se reglamentase administrativa y fiscalmente la explotación de los garitos, no originan acción civil (art. 1.798 C. c.).

El Estado, los tribunales no colaboran ni deben prestar su fuerza coactiva para el fomento de un tráfico que la moral condena y que contradice las buenas costumbres. Dar plena eficacia jurídica al contrato de arrendamiento de industria de casa de lenocinio desprestigiaría toda la organización judicial y mancharía numerosas instituciones y figuras jurídicas; p. ej.: venta, cesión, traspaso del negocio, inventario judicial, inspección ocular, prueba testifical sobre el buen estado de la empresa o explotación, nombre comercial, competencia desleal, sociedad, concurso, quiebra, contratos de servicios (empresa), inscripción en los Registros mercantil y de la Propiedad, etc.

Todavía puede agregarse que el mecanismo del art. 1.306 C. c. no puede decirse que favorezca indebidamente a una de las partes; mientras la explotación de las manebías no se considere delito y pueda funcionar el art. 1.305, dicho artículo 1.306 ejercerá una función preventiva y sancionadora respecto a ambos contratantes. El propietario no puede reclamar alquileres vencidos ni ejercitar la acción de desahucio por falta de pago, mala explotación o abandono del negocio; el inquilino queda en situación de precarista y expuesto a que el propietario arrepentido, sus herederos o acreedores ejecutantes le expulsen y den un destino moral a la finca. (F. DE C.)

(2) MUCIUS SCARVOLA: *Código civil*, ed. 1904, XX, p. 778; ENNECERUS: *Derecho civil* (parte general), 2.ª ed., 1950, I, 2, p. 308, nota 14, a; PALANDT: *Bürgerliches Gesetzbuch*, ed. 1952, § 138, págs. 111-112; SAIGET: *Le contrat immoral*, 1939, pág. 117 sig. SANTORO-PASSARELLI: *Dottrine generali del Diritto civile*, 1954, pág. 170.

(3) DE LA TORRE: *Colección de ejemplos y plantillas de escrituras y documentos notariales*, 1907, I, p. 156; II, p. 405. GARCÍA GOYENA pensaba que donde la prostitución esté permitida y sujeta a reglamentos de policía, la mujer pública podría exigir el cumplimiento y no si aquéllos la prohiben; la Comisión nos dice no aprobó esta diferencia y opinó por la negativa absoluta, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, III, p. 201. Conforme al pensamiento de la Comisión se redacta el art. 1.193 del Proyecto de 1851, antecedente directo del art. 1.306 C. c.

Sin considerar tolerancia o reglamentación, se concede al arrendador la facultad de resolver el arrendamiento, cuando "el oficio, profesión o negocio" a que se dedique el arrendatario o quienes con él convivan "resulten notoriamente inmorales" (art. 149, causa 7.ª, l. A. U. de 31 de diciembre de 1946).

III. SENTENCIAS

A cargo de Luis ALCAZAR, Luis DIEZ PICAZO, Gabriel GARCIA CANIERO, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, Sebastián MORO SERRANO, Rogelio PEREZ MARTINEZ, Antonio PEREZ VEGA y Ramón SANCHEZ DE FRUTOS, bajo la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. DERECHO FORAL. (Véase Sentencia de 29 de diciembre de 1954, V. 6)
2. INTERPRETACIÓN DE LA LEY. (Véase Sentencia de 14 de enero de 1955, III, 47.)
3. ANALOGÍA. (Véase Sentencia de 14 de enero de 1955, III, 47.)
4. NULIDAD DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LA LEY: PLAZO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. (Véase Sentencia 23 octubre 1954, D. m. 3.)
5. DEROGACIÓN DE LAS LEYES: DEROGACIÓN TÁCITA: *Las leyes pierden su vigor por derogación expresa y también «por posteriores disposiciones que modificándolas o suspendiendo lo que en ellas estaba ordenado preceptivamente, hagan imposible su aplicación»; en este caso están la Ley de Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932 (particularmente su base 22 y artículo 22 del texto refundido de la ley de 1.º de agosto 1935) y disposiciones complementarias, merced a los Decretos 23 agosto 1936 y 18 octubre 1939. [Sentencia 9 junio 1954.]*
6. RETROACTIVIDAD DE LA LEY. (Véase Sentencia de 1 de diciembre de 1954, III, 99.)
7. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *Presentado por el actor un poder que el demandado aceptó como bueno hasta el punto de que en él basó la contestación a la demanda, no le es posible al segundo alegar en casación la inexistencia de dicho poder o su falta de subsistencia, porque es ir contra sus propios actos. [Sentencia 4 diciembre 1954.]*
8. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *Para aplicar la doctrina legal de los actos propios es menester la prueba de hechos inequívocos de significación contradictoria a las acciones o excepciones alegadas en el pleito. [Sentencia 3 julio 1954.]*
9. NEGOCIO JURÍDICO: VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: (Véase Sentencia 20 octubre 1954, III, 136.)
10. NEGOCIO JURÍDICO: VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: DOLO: *Aunque el concepto de dolo sea una calificación jurídica, la determinación de su existencia en los negocios jurídicos, con la consecuencia de la nulidad de los mismos, es una cuestión de hecho.*

PRUEBA: VALOR DE LA CONFESIÓN: *La confesión sólo hace prueba plena cuando está prestada bajo juramento decisorio; en otro caso no tiene preferencia sobre los demás medios de prueba y debe apreciarse en combinación con ellos.*

PRUEBA: PRESUNCIONES: *Al respetarse los hechos básicos, para destruir una presunción debe mostrarse la anormalidad existente respecto de las reglas del criterio humano en el proceso lógico seguido por el juzgador.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Las escrituras cuya nulidad se discute, no pueden tener a efectos de la casación el carácter de auténticas. [Sentencia 8 febrero 1955.]*

11. **SIMULACIÓN DE VENTA: CAUSA Y MOTIVO:** *La causa del contrato de compraventa es para el vendedor el precio, figura totalmente independiente del móvil o motivos de signo subjetivo que induzcan a su realización.*

NULIDAD: *Es nula por falta de causa la venta simulada que encubre una donación en fraude de derechos legítimos.*

PRESUNCIONES: *La concordancia entre el hecho demostrado y lo que en él se trata de deducir es de apreciación de la Sala sentenciadora, según las reglas del criterio humano y sólo susceptible de casación si en este trámite se estima que la presunción es absurda. [Sentencia 2 febrero 1955.]*

12. **NEGOCIO JURÍDICO: REQUISITOS DE FORMA:** *Nuestra legislación contractual se halla informada por el principio espiritualista y no puede declararse inexistente un contrato por falta de requisitos formales sin un precepto especial que lo autorice.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: FORMA DEL CONTRATO: LEGISLACIÓN ANTERIOR: *La disposición del artículo 2 del Decreto 21 de enero 1936, que imponía la forma escrita para el arrendamiento de locales de negocio, no obliga a decretar la inexistencia del contrato por la falta de aportación a los autos del documento en que se pactó o debió pactarse. [Sentencia 3 diciembre 1954.]*

13. **PODER IRREVOCABLE:** *La regla general de revocabilidad del mandato representativo sufre una excepción cuando éste es un elemento integrante de otro contrato anterior de verdadera transmisión de derechos y obligaciones, y en el cual se le asigna al poder la nota de irrevocabilidad hasta la consumación de la compraventa. [Sentencia 26 noviembre 1954.]*

OBSERVACIONES: *El Tribunal Supremo confirma en esta resolución la postura que ha venido manteniendo a partir de la importante sentencia de 22 de mayo de 1942 de admitir la eficacia de determinados poderes irrevocables, en la que el mandato puro o representativo no responde a la mera confianza en que esta figura jurídica tiene sus soportes, ni a la conveniencia o interés exclusivo del mandato, sino que obedece a exigencias de cumplimiento de otro contrato con derechos y obligaciones para él y para terceros, y por lo mismo ha de subsistir mientras subsista el contrato originario que motivó el otorgamiento del poder. Pueden examinarse también con idéntico sentido las sentencias de 1 de diciembre de 1944 y la de*

3 de junio de 1950, y en general, sobre toda esta materia, así como la distinción entre mandatos irrevocables por naturaleza y mandatos irrevocables por pacto. Cámara: «La revocación del mandato y el poder» (Anales de la Academia Matritense del Notariado), IV, pág. 555 y ss. (A. I.)

14. INTERPRETACIÓN DE NEGOCIO JURÍDICO: *Ha de prevalecer la del Tribunal sentenciador sobre la del recurrente, a menos que se acredite la anormalidad en el proceso lógico que llevó a aquél a la formación de su juicio.* [Sentencia 16 octubre 1954.]

15. CARGA DE LA PRUEBA. (Véase Sentencia de 10 de junio de 1954, III, 25.)

16. PRUEBA: CARGA DE LA PRUEBA: *Si bien es un principio indiscutible en materia de prueba que quien en juicio pretende hacer valer sus derechos, debe probar los hechos que constituyen su fundamento; también lo es que, cuando el demandado, sin rechazar los hechos alegados de contrario, opone otros con los que intenta hacer ineficaz la acción ejercitada, debe probar la realidad de los hechos impositivos u obstativos.*

BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA: CARÁCTER: JURISDICCIÓN COMPETENTE EN SUS LITIGIOS: *El Banco Exterior de España no es una entidad estatal, sino una compañía mercantil; la jurisdicción competente para conocer del litigio con él planteado es la ordinaria y no las autoridades y organismos administrativos.*

PRESCRIPCIÓN: *No es aplicable la prescripción de las letras de cambio del artículo 950 C. de c., cuando la acción ejercitada no es la derivada de la letra, sino la del contrato de mandato subyacente.*

MANDATO: RELACIONES DEL MANDATARIO CON TERCERO PARA SU EJECUCIÓN: *Al celebrar un contrato de mandato la relación jurídica queda establecida entre mandante y mandatario, sin que puedan afectar al mandante las relaciones que el mandatario tenga con terceras personas, cuando son ajenas a las instrucciones del comandante y sin que sea óbice a esta doctrina el hecho de que estas relaciones obedezcan a imposición de la autoridad administrativa, pues siempre le quedó al mandatario la posibilidad de escoger esta tercera persona.*

MANDATO: DEBER DE DILIGENCIA: *El mandatario no puede excusarse de la responsabilidad derivada del incumplimiento del mandato, cuando no usó la diligencia debida.*

MANDATO: INTERESES EN CASO DE MORA: *En caso de morosidad, el mandatario debe el interés legal producido desde el día del emplazamiento en el pleito.*

PAGO: MONEDA EXTRANJERA: FECHA DE LA COTIZACIÓN: *Reclamada una cantidad en moneda extranjera o su equivalente en pesetas, esta equivalencia*

ha de fijarse al cambio oficial en la fecha del emplazamiento del demandado. [Sentencia 23 diciembre 1954.]

17. PRUEBA: CERTIFICACIÓN CATASTRAL: EL CATASTRO: SU FINALIDAD: Véase Sentencia 19 octubre 1954, II, 1.)

18. DOCUMENTO PRIVADO: *No se infringe el art. 1.225 cuando siendo dudosa la expresión de una nota de liquidación, el juzgador de instancia la compara con el resultado de otras pruebas.*

PRUEBA PERICIAL: *El artículo 610 de L. E. C. no establece normas de valoración de prueba, sino que determina cuándo es admisible la de peritos, y por ello no puede servir para acreditar el error de derecho.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *La acción reivindicatoria de una industria exige en el reclamante la cualidad de dueño.*

RECURSO DE CASACIÓN: HECHOS PROBADOS: *La declaración de hechos probados no es recurrible al amparo del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C. [Sentencia 22 diciembre 1954.]*

19. VALOR DE LA CONFESIÓN. (Véase Sentencia 8 de febrero 1955, I, 10.)

20. CONFESIÓN JUDICIAL: *La confesión judicial no puede destruirse sin demostrar su error, no siendo suficientes las meras apreciaciones, y el Tribunal que desatiende esta doctrina incide en error de derecho en la apreciación de la prueba. [Sentencia 1 diciembre 1954.]*

21. PRUEBA: VALOR DE LA TESTIFICAL. (Véase Sentencia 18 noviembre 1954, III, 31.)

22. PRUEBA DE PRESUNCIONES: *La prueba de presunciones sólo puede combatirse al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de L. E. C. [Sentencia 7 diciembre 1954.]*

23. PRUEBA: PRESUNCIONES: REQUISITOS: *Puesto en relación el artículo 1.249 con el 1.253, puede afirmarse que para establecer una presunción se requiere la coexistencia de dos requisitos fundamentales: 1.º la realidad completamente acreditada de un hecho, y 2.º, que entre este hecho y el que se trata de deducir medie un enlace directo y preciso, según las reglas del criterio humano. [Sentencia 11 noviembre 1954.]*

24. PRUEBA DE PRESUNCIONES. (Véase Sentencia 8 febrero 1955, I, 10.)

25. COSA JUZGADA: *El fundamento de la excepción de cosa juzgada llamada material no es únicamente evitar dos declaraciones judiciales sobre el mismo derecho o la misma situación jurídica, que pudieran ser contradictorias, sino también impedir que se hagan efectivos en pro-*

cedimientos diversos los mismos derechos anteriormente declarados, y por ello impide al Juez del nuevo proceso toda actividad jurisdiccional sobre el asunto decidido en el pleito anterior, incluso una declaración idéntica sobre él. [Sentencia 1 diciembre 1954.]

26. CONFIRMACIÓN DE CONTRATOS ANULABLES: *Para que pueda entenderse que hay confirmación tácita, se requiere, conforme al artículo 1.311 del Código civil, que conste, que, antes de realizar los actos que implican ese fenómeno la parte que sufrió el error tenía conocimiento de la existencia de la causa de nulidad.* [Sentencia 3 julio 1954.]

27. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. SU FUNDAMENTO. TEORÍA SUBJETIVA: *El fundamento de la prescripción extintiva es que se entiende que abandona su derecho la persona que era su titular.*

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. INTERRUPCIÓN. PRESENTACIÓN DE LA PAPELETA PROMOVRIENDO EL ACTO DE CONCILIACIÓN: *No cabe presumir que el titular abandona su derecho cuando, dentro del plazo de la prescripción, presenta la papeleta o demanda de conciliación para hacer valer su derecho.*

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. INTERRUPCIÓN. RECLAMACIÓN EXTRAJUDICIAL: *No debe negarse a la presentación de la papeleta promoviendo el acto de conciliación y citación a los demandados la misma trascendencia que tendría cualquier reclamación extrajudicial.* [Sentencia 9 noviembre 1954.]

OBSERVACIONES: Que el silencio de la relación jurídica durante un cierto espacio de tiempo pueda determinar la extinción de un derecho ejercitable, siempre ha constituido problema entre los filósofos del derecho que se dividían en favor de la teoría subjetiva (presunción de renuncia abdicativa del titular) o de la objetiva (necesidad jurídico-social de la estabilidad y certidumbre de los derechos). Los más modernos autores se inclinan por la segunda teoría, en aras de la seguridad y la paz jurídica.

El Tribunal Supremo, que mantuvo la tesis objetiva en algunas sentencias, como la de 8 de mayo de 1903, ratifica en ésta de 9 de noviembre de 1954 la dirección subjetivista defendida en las sentencias de 17 de enero y 14 de febrero de 1928 y 29 de junio de 1935. Aparte del inconveniente de toda presunción, ello presenta la dificultad de justificar por qué el reconocimiento de la deuda por el deudor (acto ajeno al titular del crédito y a su presunta voluntad abdicativa) han de tener eficacia interruptiva de la prescripción (art. 1.973 C. c.).

Firme en esta tendencia y en contra de sus fallos de 6 de junio de 1922 y 3 de diciembre de 1931, decide que es suficiente para interrumpir la prescripción la simple presentación de la papeleta de conciliación, a la que por implicar de manera suficiente la manifestación de voluntad del acreedor, ha de dársele la misma trascendencia que tendría cualquier reclamación extrajudicial, recogiendo así una antigua doctrina contenida en la sentencia de 24 de noviembre de 1896. Todo ello se entiende, como es natural, siempre que se cumpla lo prevenido en el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento, pero teniendo en cuenta que el «dies a quo» para el cómputo del plazo de los dos meses es el de la *celebración* del acto conciliatorio.

28. PRESCRIPCIÓN: (Véase Sentencia 23 diciembre 1954, I, 16.)

29. PRESCRIPCIÓN: ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: *Establecido en el artículo 9.º que, en cuanto no estuviere regulado por la ley, se registrá*

la prescripción de acciones por lo dispuesto en el Código civil, hay que atenerse, en los casos no previstos, a la norma general de prescripción de las acciones personales a los quince años, según establece el artículo 1.964. [Sentencia 18 octubre 1954.]

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: PRUEBA DEL DOMINIO EN EL ACTOR: VALOR DEL TESTAMENTO, CERTIFICACIÓN CATASTRAL Y PAGO DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES POR LA TRANSMISIÓN HEREDITARIA: *Los títulos invocados carecen de eficacia jurídica a los efectos de justificar la adquisición del derecho dominical, máxime si las fincas aparecen inscritas a favor del demandado, con la consiguiente presunción de veracidad, no contradicha, del asiento.*

USUCAPIÓN: POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO: *Es incompatible con el pago de un canon anual revelador de que la posesión se tenía en concepto de titular del disfrute de bienes ajenos, con reconocimiento de la propiedad a favor de la persona a quien se paga el canon.*

PRUEBA: CERTIFICACIÓN CATASTRAL: EL CATASTRO: SU FINALIDAD: *La finalidad primordial que presidió la creación del Catastro ha sido la de describir literal y gráficamente los predios rústicos y urbanos con expresión de su cultivo o aprovechamiento, para que sirviese de base el reparto equitativo de la Contribución territorial, simple comprobante de la situación física de las fincas, por lo que no cabe asignar a sus inscripciones significación definidora de situaciones jurídicas.* [Sentencia 19 octubre 1954.]

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: *No puede prosperar esta acción cuando los demandados se encuentran amparados por título inscrito y justifican además la no interrupción de su posesión desde tiempo inmemorial* [Sentencia 15 noviembre 1954.]

CONCORDANCIAS: Las sentencias de 12 de diciembre de 1928, 23 de noviembre de 1929, 31 de enero de 1931, 12 de marzo de 1948, que indican que la acción reivindicatoria sólo puede prosperar acreditándose cumplidamente los tres siguientes requisitos: justo título de dominio, identidad de la finca reivindicada y la posesión o detentación por el demandado. E igualmente la de 30 de marzo de 1943 cuando estima que los demandados, que lo han sido a título de terceros poseedores de los bienes, no sólo han adquirido por justos títulos traslativos de dominio, sino que han consolidado su derecho dominical por la posesión de buena fe continuada durante el tiempo prescrito por la ley.

3. ACCIÓN REIVINDICATORIA: *Es constante la jurisprudencia de ser suficiente el título de heredero para reivindicar bienes para la masa hereditaria.*

USUCAPIÓN: POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO: *No posee en este concepto sino «alieno nomine» el administrador de los bienes de la herencia.* [Sentencia 10 noviembre 1954.]

4. REIVINDICACIÓN: TÍTULO DEL ACTOR: *El actor debe probar el dominio que le pertenece sobre la cosa que intenta reivindicar, no bastando a este efecto ni los testamentos ni declaraciones de heredero que no constituyen título de dominio.* [Sentencia 13 marzo 1954.]

5. COMUNIDAD HEREDITARIA: *En la herencia indivisa un heredero puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad.* [Sentencia 18 marzo 1954.]

6. ADQUISICIÓN DE DOMINIO. DOBLE VENTA. REQUISITO DE LA BUENA FE: *En caso de doble venta, es necesario el requisito de la buena fe, para que el adquirente que antes haya inscrito en el Registro de la Propiedad obtenga el dominio de la finca, determinándose éste en el caso que no exista aquélla conforme al párrafo 3.º del artículo 1.473* [Sentencia 11 junio 1954.]

ANTECEDENTES: A vende, en documento privado y con aplazamiento de parte del precio, una determinada finca a B, quien, en esa misma fecha, entra en posesión de ella. Posteriormente A vende de nuevo el mismo inmueble a C en escritura pública que fué inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente. Interpuesta demanda por B solicitando la nulidad de esa escritura y cancelación del asiento correspondiente, así como que se declare la validez del documento privado y se condene a A para que lo eleve a público, el Juzgado da lugar a la demanda, una vez probado el conocimiento por parte de C de la venta anterior. Revocada la decisión por la Audiencia, fué apelada, dando el Tribunal Supremo lugar al recurso.

... tiene declarado con reiteración la jurisprudencia que el contenido del párrafo segundo del artículo 1.473 del Código, ha de entenderse sobre la base de la buena fe, y faltando ésta habrá de atribuirse la propiedad a quien primeramente hubiese entrado en la posesión de lo comprado y, como en el caso presente, por el examen de las pruebas singulares y su apreciación en conjunto se viene a deducir que los compradores demandados conocían la realidad de los hechos y la venta anterior efectuada, como asimismo pudieron comprobar la efectividad de la posesión por el primer comprador mediante varios procedimientos judiciales entablados entre uno y otros compradores, no cabe atribuir a los últimos una conducta amparada por la buena fe en la realización del negocio jurídico contravertido y, en consecuencia, por aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, es procedente declarar la invalidez e ineficacia del contrato consignado en la escritura pública de compraventa otorgada en 7 de diciembre de 1946, a los efectos registrales y de transmisión de la propiedad, atribuyendo la preferencia en la misma al contrato privado de 27 de febrero de 1941, con la obligación del vendedor demandado de aceptar la cantidad de 20.000 pesetas, parte del precio aplazado de la compraventa efectuada al actor, con el importe de los intereses al 5 por 100 producidos por dicha cantidad hasta el momento de la entrega del principal, y, asimismo, elevar a escritura pública el mentado contrato. (Considerando 3.º)

OBSERVACIONES.—Siendo evidente que el comprador conocía perfectamente antes de que la inscripción se realizase, la verdadera situación extrarre-

gistrar de hecho y de derecho de la finca, debe estimarse ineficaz la preferencia que el párrafo 2.º del artículo 1.473 establece, y es, por tanto, de aplicar las otras normas que en el párrafo 3.º del mismo artículo se contienen.

CONCORDANCIAS.—Sentencias de 28 de junio de 1941 y de 11 de febrero de 1946.

7. **COMPRAVENTA EN EL DERECHO FORAL NAVARRO: TRADICIÓN Y PAGO DEL PRECIO:** *Según el Derecho romano justiniano vigente en Navarra como supletorio, tratándose de una venta hecha al contado, el vendedor que hace tradición de la cosa vendida al comprador, únicamente le transfiere la propiedad si éste le paga el precio, y mientras no lo realice no adquiere más que la posesión permaneciendo en aquél el dominio y la acción reivindicatoria para recuperar la cosa, todo ello salvo pacto expreso en contrario.* [Sentencia 27 noviembre 1954.]

OBSERVACIONES.—Las fuentes de Derecho justiniano que el Tribunal Supremo aplica a la compraventa navarra en esta Sentencia, son el párrafo cuarenta y uno, título primero, libro segundo de la Instituta (I. 2, 1, 40), y el fragmento once, párrafo segundo, título primero, libro diecinueve del Digesto (D. 19, 1, 11, 2.º).

8. **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: JUSTO TÍTULO.** (Véase Sentencia 23 octubre 1954, D. m. 3.)

9. **USUCAPIÓN: POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO:** (Véase Sentencia 10 noviembre 1954, 3.)

10. **POSESIÓN: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: AVALÚO DE FRUTOS:** *El avalúo de los frutos, a efectos de la indemnización al desahucio, no puede realizarse estando aquellos pendientes, sino separados, pues lo contrario supondría que el primer poseedor adquiriría con seguridad un valor a costa del que sucede en la posesión que puede perder los frutos a consecuencia de caso fortuito, lo cual está en contra de las previsiones de los artículos 451 y 452 del C. c.* [Sentencia 12 marzo 1953, Sala 5.ª]

11. **POSESIONES DE MALA FE: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS:** *La posesión de mala fe comienza en el momento en que existan actos que acrediten no ignorar el poseedor que posee la cosa indebidamente, de donde se deduce que ese conocimiento no puede inferirse sólo de actos ajenos, como lo es el requerimiento a desalojar y devolver la finca, por parte del arrendador, a menos que provoque en el arrendatario reacciones que directa o indirectamente demuestren el conocimiento expresado.* [Sentencia 5 febrero 1955, Sala 5.ª]

12. **PRECARIO: REQUISITOS:** *Si concurre en la actora la condición de arrendataria de píso, en los demandados un disfrute gratuito del mismo, y fueron éstos requeridos con un mes de antelación para que lo desalojaran, procede dar lugar a la demanda de desahucio por precario.*

PRECARIO: ABONO DE PRESTACIONES: *Es doctrina reiterada que, aun en el supuesto de satisfacer el precarista alguna cantidad, procede el desahucio, a no ser que dicha entrega se haga a título de pago del arrendamiento.* [Sentencia 22 diciembre 1954.]

13. PRECARIO: CARGA DE LA PRUEBA: *La prueba de la existencia del contrato de arrendamiento, corresponde al demandado. [Sentencia 31 diciembre 1954.]*

14. PRECARIO A TÉRMINO: DESAHUCIO: *Si se estipuló que la finca se cedía en precario hasta una fecha determinada, llegado el término, procede el desahucio.*

CONTRATOS CONEXOS: PRECARIO Y MUTUO: *Si, simultáneamente al contrato de precario, se celebró otro de mutuo estipulándose que la precarista-prestamista podía ceder su crédito a cualquier persona desalojando previamente la finca, no puede pretenderse que hasta tanto no se devuelva el préstamo no es posible ejercitar el desahucio, pues ambos contratos constituyen negocios jurídicos distintos. [Sentencia 22 junio 1954.]*

15. JUICIO DE DESAHUCIO POR PRECARIO: *Carece de trascendencia y cabe decidirla en este juicio, la alegación de que la demandada tiene el carácter de convivente o subarrendataria con la inquilina fallecida para continuar en el disfrute de la vivienda. [Sentencia 21 diciembre 1954.]*

16. PRECARIO: PRESTACIONES QUE NO CONSTITUYEN RENTA O MERCED: *El concepto de precario se constituye por el uso o disfrute de cosa ajena, sin más razón que la de hallarse tolerado por el dueño o poseedor real de aquélla, es decir, sin pago de renta o merced, o de posesión de un cierto título actual que otorgue derecho a la tenencia de la cosa; en la expresión «merced» no se incluyen ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca si no fueron aceptados por el dueño como contraprestación del disfrute de aquélla, y menos si no son prestaciones periódicas. [Sentencia 19 enero 1955.]*

17. PRECARIO: ACTOS PROPIOS: *El hecho de que el propietario hubiera ejercitado infructuosamente con anterioridad al juicio de desahucio una acción de resolución del contrato de arrendamiento por cesión inconsentida no implica la creación o el reconocimiento de un derecho.*

PRECARIO: COSA JUZGADA: *No puede alegarse la derivada de una sentencia desestimatoria recaída en juicio anterior promovido por el propietario por cesión no consentida, pues en éste no se alegó ni discutió la cuestión del precario. [Sentencia 16 marzo 1955.]*

18. PRECARIO: DESAHUCIO: EL TITULAR REGISTRAL: *El titular registral es poseedor real a los efectos del desahucio por precario. Si la demandada es poseedora de la finca, y para ello no tiene título ni paga merced alguna, procede el desahucio, sin perjuicio del derecho que le asista por razón de dominio y mejoras realizadas, que podrá ejercitar en procedimiento adecuado. [Sentencia 22 febrero 1955.]*

La Audiencia desestimó la demanda de desahucio, por entender que del conjunto de la prueba practicada aparecía que la demanda carecía de la po-

sesión real de la finca, no obstante tenerla inscrita a su nombre. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, con base en las siguientes razones: 1.ª El tema referente a si el titular, según el Registro, tiene o no la posesión real de la finca en concepto de dueño, no es cuestión de hecho, sino «quaestio iuris». 2.ª Conforme al artículo 432 del Código civil, la posesión de las cosas se puede tener en forma mediata por su dueño o en forma inmediata por quien, sin ser dueño, la conserva o disfruta, y la doctrina jurisprudencial atribuye la posesión real de modo mediato al poseedor registral. 3.ª Según el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, es poseedor de inmuebles, a todos los efectos legales, quien tenga inscrito en el Registro el dominio de los mismos; presunción que se mantendrá mientras no se declare por los Tribunales la inexactitud del asiento, declaración que no tiene encaje adecuado en el juicio sumarísimo de desahucio. 4.ª Al denegarse por la Audiencia la protección posesoria, por entender que la demanda dada está en la posesión material de la finca, y sólo en un juicio declarativo podrá discutirse el preferente derecho dominical, se desnaturaliza y torna estéril la acción de desahucio.

19. SERVIDUMBRE DE PASO: NATURALEZA DISCONTINUA: ADQUISICIÓN: *Siendo la servidumbre real de paso una servidumbre discontinua, es evidente que, conforme al artículo 539 del Código civil, no puede adquirirse por prescripción, sino en virtud de título (negocio jurídico).* [Sentencia 11 octubre 1954.]

20. CENSO EN NAVARRA: CONSTITUCIÓN: *Con arreglo al derecho vigente en Navarra, a falta de escritura pública de constitución, puede justificarse la existencia con el reconocimiento hecho dos o más veces de la realidad del gravamen.*

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES EN NAVARRA: ACCIÓN PARA EL COBRO DEL CANON ANUAL DE UN CENSO: *Prescribe a los cinco años, según la ley diez del título cuarto del libro tercero de la Novísima Recopilación de Navarra. El precepto es análogo al del artículo 1.966 del Código civil.*

CENSO Y FECHA O PRESTACIÓN SEÑORIAL: *No es prestación de carácter señorial, sino censo, el gravamen que pesa sobre un Concejo navarro que consta en el Nomenclátor de 1789, como lugar de realengo, sobre el que sólo el Rey tenía señorío.* [Sentencia 26 octubre 1954.]

21. RETRACTO ENFITÉUTICO: CONSIGNACIÓN: *No puede estimarse extemporáneo, el ofrecimiento hecho por el retrayente de reembolsar los gastos e impensas en el escrito ampliatorio de la demanda, porque este ofrecimiento aunque oportuno, no es un requisito esencial que impida dar curso a la demanda, ya que no es exigible la consignación de su importe por ser incierto hasta el momento en que se hace efectivo el retracto.*

ERROR DE FECHA: *Es un simple error material subsanable, una vez advertido, el error de fecha del otorgamiento de la escritura de compraventa, contra la que la acción se dirige, y es la reconocida por el demandado y que está perfectamente identificada, tanto por las personas intervinientes*

en el contrato como por el objeto del mismo y al notario autorizante. [Sentencia 13 noviembre 1954.]

III. Derecho de obligaciones.

1. OBLIGACIONES A PLAZO: FACULTAD DE LOS TRIBUNALES PARA SU FIJACIÓN: (Véase Sentencia 4 enero 1955, III, 32.)

2. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: FACULTAD DE RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1.124.—*El contratante que incumple primeramente lo pactado, no puede pedir después la resolución del pacto que libremente concertó* [Sentencia 1 febrero 1955.]

CONCORDANCIAS: Sentencias 24 noviembre 1908, 5 enero 1935, 9 abril 1941, 10 marzo 1949 y 13 mayo 1950.

3. MORA: CONCEPTO: (Véase Sentencia 21 diciembre 1954, III, 34.)

4. MORA DEL ACREDITOR: (Véase Sentencia 21 diciembre 1954, III, 34.)

5. INTERESES DE DEMORA: *La reiterada doctrina del Tribunal Supremo de que los intereses de demora sólo se deben en el caso de que sea líquida la cantidad principal reclamada, no tiene encaje jurídico ni moral cuando es el propio deudor quien con su actuación impide esa determinación re-trasando injustificadamente desde que le fué revocado el poder la rendición de cuentas y entrega del saldo resultante.*

TERCEROS AJENOS AL PLEITO: *Constituiría vicio in procedendo toda declaración que pudiera afectar a quienes no están presentes en el pleito.* [Sentencia 20 diciembre 1954.]

OBSERVACIONES: Como quiera que es evidente que la iliquidez del crédito es debida a la conducta del deudor, que una vez revocado el poder queda en la obligación de rendir las cuentas de su gestión y entregar el saldo resultante, al no hacerlo así, es de aplicación el artículo 1.724 del Código civil, por virtud del cual el mandatario debe abonar los intereses de las cantidades que indebidamente retenga desde que se constituyó en mora. El seguir el criterio contrario implicaría premiar la negligencia de aquél, aparte del enriquecimiento injusto que supondría la retención y disposición del dinero ajeno.

6. INTERÉS: MORA: *El interés es la renta que el capital rinde al dueño, y no le corresponde sino desde que el capital debe estar en su poder y no lo está por voluntad o descuido del deudor. Pero éste no está obligado a pagar desde la interpelación judicial que implica la demanda, sino desde que la sentencia sea firme, si se reclama en aquélla una cantidad que la sentencia declara después mayor de la debida; y la mora de este deudor no surge entonces ni siquiera en cuanto a la parte en que sea más tarde condenado por la sentencia, porque no podía (según el párrafo primero del artículo 1.169 del Código Civil), compeler al acreedor a recibir antes del pleito lo que éste estimaba entonces sólo una parte de su crédito.* [Sentencia 19 octubre 1954.]

7. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: REQUISITOS: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: *Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios es preciso:*

1.º) *Que el incumplimiento de la obligación sea categóricamente comprobado y debido a causas imputables.*

2.º) *Los daños causados por resoluciones judiciales, caso de que existan, aunque fueran imputables a la parte que gestionó que se aictaran, como toda reclamación de daños y perjuicios requiere por su naturaleza la prueba de haber sobrevenido aquéllos por consecuencia de actos de parte de quien se pretenda derivar los daños.*

3.º) *Para determinar la negligencia del artículo 1.902. Código civil, hay que tener en cuenta la diligencia exigida por la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar [Sentencia 17 enero 1955, Sala 5.ª]*

8. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: DETERMINACIÓN: *Infringe el artículo 1.108 del C. c. la sentencia que condena a la indemnización de daños y perjuicios, en la cuantía que se fije en ejecución, con arreglo a las bases establecidas en ella, cuando de estas bases parece deducirse que la determinación de los daños se hará conforme a la sola manifestación del deudor. [Sentencia 23 noviembre 1951, Sala 5.ª]*

9. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: LUCRO CESANTE: *Es reiterada doctrina sobre esta materia el ser necesario que se pruebe la existencia de los daños y perjuicios, ya que todo incumplimiento de obligación no los produce forzosamente, y por lo que se refiere de modo especial a la indemnización de perjuicios por lucro cesante se requiere el probar que las ganancias se han dejado de obtener por el incumplimiento de la obligación, y que estas supuestas ganancias no han de ser ni contingentes ni dudosas. [Sentencia 17 noviembre 1954.]*

CONCORDANCIAS: Sentencias de 3 noviembre 1892, 20 marzo 1933, 23 marzo, 31 octubre y 29 noviembre 1946.

10. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: DAÑOS Y PERJUICIOS: *El incumplimiento de las obligaciones no lleva siempre aparejada la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, debiendo, por tanto, probarse su efectividad.*

REPÚBLICA: *No se cambian de modo sustancial los fundamentales pedimentos de la demanda de indemnización de daños y perjuicios cuando en la réplica se concretan lealmente éstos a su cuantía efectiva. [Sentencia 8 febrero 1955.]*

11. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CLÁUSULA DE VALORACIÓN PREVIA (Véase Sentencia 21 diciembre 1954, III, 34.)

12. IMPUGNACIÓN DE ACTOS FRAUDULENTOS DEL DEUDOR: PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO EN MARRUECOS: *El artículo 29 del Código de Obligaciones y Contratos de la Zona del Protectorado autoriza al acreedor para impugnar los*

actos que el deudor haya hecho en fraude de su derecho, entre ellos la prenda sin desplazamiento en garantía de una deuda que se reconoce anterior, pero que se constituye con posterioridad a la presentación de la demanda en que el acreedor reclama la suya, y por virtud de la cual se sustraen los bienes objeto de la prenda mediante este artificio a las responsabilidades de créditos legítimos. [Sentencia 5 febrero 1955.]

OBSERVACIONES.—Publicada la Ley de Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954, tiene trascendencia la presente sentencia, pues aunque referida a la Zona del Protectorado Marroquí, las consecuencias que de ella se deducen tienen igual valor para las prendas no desplazadas que puedan constituirse en la Península. En efecto, pone de relieve esta sentencia la facilidad con que pueden ser burados créditos legítimos anteriores mediante la constitución de prendas sin desplazamientos, que una vez que han tenido acceso al Registro gozan de la preferencia que la citada Ley les reconoce, incluso sobre embargos ya decretados sobre los mismos bienes objeto de la prenda, siempre que el embargo no se anotase con anterioridad a la inscripción de la prenda en el Registro. En el presente caso, nuestro más alto Tribunal no da lugar al recurso interpuesto, confirmando la sentencia de la Audiencia que declaró la rescisión del contrato de prenda sin desplazamiento, en la parte necesaria para reparar el perjuicio causado al acreedor.

13. PAGO: MONEDA EXTRANJERA: FECHA DE LA COTIZACIÓN (Véase Sentencia 23 diciembre 1954. I, 16.)

14. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: NOVACIÓN: *La existencia de novación requiere la voluntad de las partes de crear un vínculo jurídico que sustituya al anterior.* [Sentencia 17 junio 1952. Sala 5.ª]

15. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: NOVACIÓN: *La mera modificación de la merced arrendaticia acordada no supone la novación extintiva del contrato, pues no fundada actualmente la novación en la idea romana de la inmutabilidad del vínculo, la alteración de condiciones en los contratos de larga duración más revela la intención de conservar que la de extinguir, intención esta última que ha de resultar claramente expresada a menos que se revele la incompatibilidad del contenido del contrato nuevo con el del anterior.* [Sentencia 18 diciembre 1953, Sala 5.ª]

16. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: NOVACIÓN: *La novación es un acto intencional por convenir al tráfico jurídico la mutabilidad de condiciones, cuando en los negocios de larga duración varían las circunstancias, resultando, de ordinario, más acomodado al interés de las partes conservar la relación contractual con las modificaciones adecuadas que destruirlas, por lo que en toda alteración de condiciones que afecten al contenido obligacional de un negocio jurídico, se ha de interpretar la verdadera voluntad de las partes, las que unas veces tendrán el propósito de extinguir y otras el de conservar, debiéndose entender que, salvo la absoluta incompatibilidad de la obligación preexistente y la que le sustituya la falta de declaración terminante de las partes, revela el deseo de conservar.* [Sentencia 10 diciembre 1951, Sala 5.ª]

17. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: CONSIGNACIÓN INEFICAZ. (Véase Sentencia 21 diciembre 1954. III. 34.)

18. NOVACIÓN: DECISIÓN UNILATERAL NOVATORIA NO CONSENTIDA: Reconocida por el Ayuntamiento demandado la existencia del crédito, no tiene carácter novatorio el acuerdo unilateralmente adoptado por él de fraccionar el pago en varias anualidades, si el actor se opuso en forma a dicho acuerdo mediante el oportuno recurso de reposición, pues la modificación de un pacto carece de eficacia al realizarse en forma unilateral y ser rechazada por el otro contratante. [Sentencia 7 febrero 1955.]

15. INTERPRETACIÓN: CONTRATO: Es necesario llevar hasta el momento de la liquidación del contrato las consecuencias de la interpretación que del mismo se ha dado. [Sentencia 1 febrero 1955.]

20. NULIDAD DE LOS CONTRATOS: PROHIBICIÓN DE ENAJENAR: Es radicalmente nula la compraventa realizada contrariando la prohibición de enajenar establecida en el número tercero del artículo 87 de la Ley de Contrabando y Defraudación.

REQUISITOS DE LOS CONTRATOS: CONSENTIMIENTO VÁLIDO Y CAUSA LICITA: No puede prestar consentimiento válido para vender quien está legalmente inhabilitado para enajenar sus bienes, ni hay causa lícita, en su sentido finalista, si el contrato se lleva a efecto con violación de una norma legal prohibitiva.

ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA: FE PÚBLICA REGISTRAL: REQUISITOS: No puede acogerse a la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria el comprador que no acredite el cumplimiento del primordial requisito de haber inscrito su título adquisitivo. [Sentencia 13 octubre 1954.]

21. CONTRATO COMPLEJO: El contrato referente a dos fincas diferentes con distinta inscripción registral, separadas por una pared, aunque se comuniquen por medio de unas puertas, y con salida independiente cada una de ellas a la vía pública, y afectadas por pactos distintos, pues una de ellas se destina a vaquería y se da en arrendamiento, y sobre la otra, destinada a huerto, de establecer una aparcería, no es un contrato complejo, sino distintos convenios sobre diferentes fincas sin más anexo que la colindancia de la misma, ser coetáneos en su origen y estar redactados en un solo documento.

CONTRATO DE APARCEÍA: LEGISLACIÓN APLICABLE: CAUSAS DE DESHAUCIO: El contrato de aparcería de un huerto dedicado a viñedo y al cultivo de frutales, no está sometido a la L. A. U., ni aun en el caso de que se considere exclusivamente como solar, sino a la legislación común, y procede el

desahucio por expiración del término contractual y por incumplimiento de las condiciones del contrato. [Sentencia 23 febrero 1955.]

22. COMPRAVENTA: FIJACIÓN DEL PRECIO POR TERCERA PERSONA: *Celebrado mediante convenio privado un contrato de compraventa, al objeto de no seguir los trámites de la Ley de Expropiación forzosa, y encomendado el señalamiento del precio cierto a una tercera persona, la fijación por ésta de aquél perfecciona el contrato que es obligatorio para las partes, sin que el comprador pueda oponerse a su cumplimiento, basándose en que el arbitrador tuvo en cuenta al determinar el precio los perjuicios que se ocasionaban al vendedor. [Sentencia 27 enero 1955.]*

«...pues en enajenaciones de esa índole, cuando son impuestas y ésta lo era si no se convenia privadamente a realizarse por los trámites de la Ley de Expropiación forzosa, el valor a satisfacer ha de incluir no sólo la materialidad del terreno a ocupar, sino también el importe del arbolado en plena producción y los perjuicios causados en la explotación de la finca a fin de que el desposeído no salga perjudicado en la transferencia de su propiedad y con igual valor económico entre lo que entrega y lo que recibe.» (Considerando 3.º)

23. COMPRAVENTA: ARRAS: CONFIRMATORIAS Y PENITENCIALES: *Las palabras «como señal» no son suficientes por sí solas para demostrar la intención de los contratantes de establecer arras penitenciales, por lo que no infringe el artículo 1.454 del Código civil la sentencia que interpreta en ese sentido el contrato en que se hace constar que la entrega de parte del precio se verifica como señal y a cuenta de la totalidad del mismo. [Sentencia 22 octubre 1954.]*

24. COMPRAVENTA DE VEHÍCULOS DE MOTOR: PRECEPTOS ESPECIALES: TRADICIÓN: *En tanto no se acredite la simulación o la nulidad del acto hay que considerar legítima la adquisición de una camioneta que fué transmitida en virtud de escritos presentados a tal fin en la Jefatura de Obras Públicas e inscrita en dicha Oficina a nombre del adquirente, por haberse realizado con arreglo a los preceptos especiales que rigen la materia; y la tradición se verifica mediante la entrega del oportuno documento administrativo.*

RECONOCIMIENTO DE PROPIEDAD: CUALIDAD DE DUEÑO EXPRESADA Y CONSENTIDA EN PÓLIZA DE SEGUROS: DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *No puede entenderse que sus coherederos reconocieran que el actor era el dueño de la industria por el solo hecho de consentir sin protesta que en la póliza de seguros sobre la misma se hiciera constar esta cualidad por el actor, pues aparte de que la póliza de seguros no es documento de transmisión de dominio y la responsabilidad de las declaraciones que en ella se consignan es imputable sólo a quien las hace, para que los actos propios vinculen jurídicamente a quienes los realizan han de recaer sobre situaciones de notoria eficacia jurídica.*

FRUTOS INDUSTRIALES: INDUSTRIA DE MOLINERÍA: COHEREDEROS: ARRENDAMIENTO: *No procede acceder a la petición reconvenzional de que el actor, coheredero con sus hermanos, aporte a la herencia los frutos producidos por la industria de molinería, porque el disfrute de la misma no lo tiene en razón a su condición de herederos, sino en virtud de un contrato de arrendamiento, por lo que es indiscutible que, mientras aquella situación no se extinga o modifique, el arrendatario cumple con su obligación de pagar la merced estipulada, con derecho de hacer suyos los productos que de la explotación de la industria obtenga.* [Sentencia 8 noviembre 1954.]

25. RETRACTO DE COLINDANTES: FINCA FORESTAL: *Las fincas forestales tienen el carácter de rústicas, y, en caso de venta, siempre que se den las circunstancias del artículo 1.523 del C. c. están sujetas al retracto de colindantes.*

INCONGRUENCIA: PRINCIPIO DISPOSITIVO: *La justicia civil reviste el carácter de rogada al resolver los procesos en atención a lo pedido, y carece de facultades (el juzgador) para proceder de oficio apreciando acciones y excepciones que no han sido alegadas ni fueron sometidas por las partes a su decisión, ni por tanto discutidas en el pleito.*

CARGA DE LA PRUEBA: *Con arreglo al artículo 1.214 del C. c., al demandado corresponde probar los hechos impositivos que alegó.* [Sentencia 10 junio 1954.]

26. CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS: PERFECCIÓN Y CONSUMACIÓN: *El contrato quedó perfecto y consumado cuando se firmó el documento en que también se hacía constar la entrega del precio, ya que al tratarse de la cesión de derechos hereditarios no cabía hacer la tradición real de las cosas materiales.* [Sentencia 4 diciembre 1954.]

27. DONACIÓN SIMULADA: PACTO DE REVERSIÓN: *El contrato de reconocimiento de deuda, que subsigue inmediatamente al contrato de compraventa encubridor de una donación, constituye un pacto reversional de los bienes constitutivos de la misma.*

DONACIÓN DE INMUEBLES: *Tratándose de bienes inmuebles, el pacto reversional reflejado en documento privado invalida la donación.*

INSEPARABILIDAD DEL PACTO REVERSIONAL: *No afirmar la inseparabilidad del contrato de compraventa simulada y del pacto reversional posterior, reflejado en documento privado, sería convertir una donación condicional en donación pura contra la voluntad de las partes.* [Sentencia 31 enero 1955.]

A suscribe contrato de compraventa de bienes inmuebles en escritura pública. Su sobrina, que es con quien contrato, reconoce a los pocos días

en documento privado deberle una cantidad igual al precio de la compra y que en la escritura pública se había declarado recibido por él.

Bien patente que se trata de contratos simulados que encubren una donación y un pacto reversional respectivamente, el problema estriba en determinar si forman o no una unidad. El Tribunal Supremo se pronuncia en el sentido expuesto supra, entre otras razones, porque (Considerando penúltimo): «En el motivo cuarto se insiste en la separabilidad o independencia de los dos contratos discutidos, pretendiendo que, aunque la cláusula reversional no sea válida, según el citado artículo 633, por no haberse consignado en escritura pública, este defecto no debe perjudicar a la validez y eficacia de la donación pactada en 20 junio 1944, que fué una donación pura y perfecta, y así si se suprime mentalmente la cláusula reversional pactada en 23 julio 1944, quedará un contrato de donación perfecto y eficaz, lo que indudablemente es cierto y nadie lo ha negado, pero es el caso que dicha cláusula reversional no se puede suprimir ni aniquilar, ni de ella se puede prescindir porque la Audiencia afirma que existe y afecta por su contenido el contrato de donación, sin que tal apreciación haya sido combatida eficazmente y porque prescindir de esa cláusula sería convertir una donación condicional en donación pura contra la voluntad de las partes.»

28. MANDATO Y ARRENDAMIENTO: *No existió el contrato de mandato de cuya extinción hace nacer el actor la acción para pedir la rendición de cuentas y la devolución de las fincas, sino que había entre los litigantes un contrato de arrendamiento.*

MUTUO Y ARRENDAMIENTO: COMPENSACIÓN: *Son compensables el precio del arrendamiento y los intereses de una deuda, cumpliéndose los requisitos de los artículos 1.195 y 1.196 del C. c. [Sentencia 13 octubre 1954.]*

29. ARRENDAMIENTO: COMPLEJO: RÚSTICO Y URBANO: *Cuando se arriendan en un solo acto, por el mismo precio y tiempo, una finca rústica y otra urbana, no puede el arrendador, sin quebrantar el único vínculo constituido, pretender la resolución de uno, reservando la del otro para ventilarla en diferente proceso.*

SENTENCIA: REQUISITOS INTERNOS: CONGRUENCIA: *Ha de estimarse en relación con los términos en que se ha planteado el debate, conforme a las pretensiones de los escritos fundamentales de la litis. [Sentencia 27 noviembre 1954.]*

30. ARRENDAMIENTO URBANO: ARRENDAMIENTO COMPLEJO: APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMÚN: *Si el arrendamiento versa sobre elementos complejos, es aplicable la legislación común, con secuela de extinción de la relación arrendaticia por haber expirado el término de duración convenido.*

ARRENDAMIENTO URBANO: ARRENDAMIENTO COMPLEJO: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *El juzgador conjugó la expresión gramatical del contrato con hechos anteriores, coetáneos y posteriores, que, a su juicio, demuestran la existencia e inclusión en el convenio de un garaje en pleno funcionamiento, susceptible de producir inmediatamente el rendimiento económico de la correspondiente industria. [Sentencia 16 octubre 1954.]*

31. **ARRENDAMIENTO: FINCA EN CONSTRUCCIÓN:** *No se trata de un precontrato, sino de un contrato en firme, al que sólo procede dar ejecución.*

PRUEBA: VALOR DE LA TESTIFICAL: *El artículo 1.248 del C. c. no puede servir de base a un recurso de casación por ser la valoración de la prueba testifical una facultad del juzgador de instancia. [Sentencia 18 noviembre 1954.]*

32. **ARRENDAMIENTO: PROPOSICIÓN DE PRÓRROGA:** *Es una mera oferta que necesita aceptación para que se produzca el vínculo obligacional.*

ARRENDAMIENTO: TÁCITA RECONDUCCIÓN: DURACIÓN: *El artículo 1.566, C. c., al admitir la tácita reconducción, se remite para señalar su duración a los artículos 1.577 y 1581, C. c., que hacen referencia a arrendamientos de fincas rústicas y urbanas; cuando la cosa sea de naturaleza distinta, deberá fijarse la duración de modo semejante.*

OBLIGACIONES A PLAZO: FACULTAD DE LOS TRIBUNALES PARA SU FIJACIÓN: *El artículo 1.128 del C. c. no es aplicable a las obligaciones que tienen señalado plazo para su cumplimiento. [Sentencia 4 enero 1955.]*

33. **ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: DIFERENCIA DEL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA:** *Cuando ni arrendador ni arrendatario han ejercido con anterioridad la supuesta industria contratada y lo mismo uno que otro aportan sólo una serie de elementos y utensilios inconexos, de tal manera que con ellos no pudo ponerse en explotación inmediata el negocio, el arrendamiento no es de industria, sino de local de negocio. [Sentencia 23 diciembre 1954.]*

34. **ARRENDAMIENTO: INDUSTRIA Y LOCAL DE NEGOCIO:** *Cuando, además del local o edificio, se arrienda la instalación y bienes muebles en perfecto estado de funcionamiento desde hacía muchos años, hay una unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser inmediatamente explotada y, en consecuencia, un arrendamiento de industria.*

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: CONSIGNACIÓN INEFICAZ: *La consignación del artículo 1.176 del C. c., declarada ineficaz por la Audiencia, revocando el auto del Juez de primera instancia, no supone extinción de la obligación.*

MORA: CONCEPTO: *Significa en términos generales retardo, dilación o tardanza voluntarios en el cumplimiento de las obligaciones.*

MORA DEL ACREEDOR: *La cooperación del acreedor para que el deudor cumpla su obligación no cabe sentarla en términos generales y menos en materia arrendaticia común donde la ley exige rigurosamente el pago y percibirlo no es una obligación, sino una facultad del arrendador, a quien no se fuerza a liberar al deudor que puede eximirse de su deuda utilizando los medios legales oportunos.*

INDIVIDUALIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: CLÁUSULA DE VALORACIÓN PREVIA: *La cláusula en que se establece anticipadamente una valoración mínima de los*

daños y perjuicios no reviste carácter penal, ni autoriza su imposición sin acreditar la previa existencia de los mismos, sin que pueda atribuirse otro valor que el de fijar un mínimo para el caso de que se hayan producido. [Sentencia 21 diciembre 1954.]

35. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 4.º DE L. A. U.: Si lo arrendado es una industria, el artículo 4.º de L. A. U. es de perfecta aplicación y no rige la legislación especial que expresamente los exceptúa sometiendo estos contratos a la civil común. [Sentencia 2 julio 1954.]

36. ARRENDAMIENTO URBANO: ALMACÉN: No tiene el concepto de almacén, asimilable a vivienda, el local en que está instalado un negocio de venta de tabaco y efectos timbrados a los establecimientos subalternos, y donde radica una sociedad mercantil, habiendo admitido el demandado el aumento señalado por la nueva legislación de un 40 por 100 de la renta.

ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª DE L. A. U.: No es aplicable cuando más bien que de un caso de subarriendo se trata de una cesión clandestina a la sociedad constituida por el arrendatario, y el supuesto subarriendo no arranca de los seis meses anteriores al 1.º de octubre de 1946.

ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: Constituía causa de desahucio en la legislación anterior y en la vigente la constitución por el arrendatario de una sociedad mercantil que se introdujo en el local arrendado sin consentimiento del dueño, sin que quepa alegar que se trata de una sociedad simulada al objeto de facilitar la continuación de los familiares del arrendatario caso de fallecimiento de éste, al frente del negocio, y sin que pueda deducirse del hecho de que otros subarriendos anteriores fueron tolerados por el propietario, la autorización tácita de éste para los posteriores. [Sentencia 4 diciembre 1954.]

37. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: CAMPO DE FÚTBOL: HABITABILIDAD: Para que un lugar sea local de negocio, lo primero que hace falta es que sea local (estio o paraje cercado o cerrado y cubiertos), y el campo de fútbol de que se trata no está cubierto, sin que importe que lo esté alguna construcción allí instalada. Un campo de fútbol no es edificación habitable.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARTÍCULO 6.º DE LA L. A. U.: ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA O NEGOCIO DE ESPECTÁCULOS: No tiene la entidad demandada el carácter de arrendataria de industria o negocio de espectáculos, porque su actividad en la finca arrendada no se ejerció ni pudo ejercerse al tiempo de concertarse el arrendamiento, porque entonces no había instalación alguna que hiciera posible el ejercicio de la actividad deportiva como espectáculo público. [Sentencia 29 mayo 1954.]

38. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LEGISLACIÓN DEROGADA: DECRETO DE 21 DE ENERO DE 1936: ARTÍCULO 5.º APARTADO C): DESAHUCIO POR NECESIDAD DEL PRO-

FIETARIO; EXPROPIACIÓN; FALTA DE FLÚIDO ELÉCTRICO: *No puede establecerse con valor de principio absoluto que toda expropiación ponga al propietario en la necesidad de abandonar la finca que ocupa y de instalarse en otra. Y cuando la expropiación es parcial, es preciso, para que la necesidad se produzca, que la parte expropiada sea esencial para la realización de los fines a que la finca venga destinada. Tampoco justifica la necesidad de abandonar la finca que ocupa e instalarse en otra la simple falta de flúido eléctrico en aquélla, cuando la cesación en el suministro de dicho flúido fué determinada por actos propios de la actora y no por causas extrañas a su voluntad.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS; LEGISLACIÓN DEROGADA; DECRETO DE 21 DE ENERO DE 1936; ARTÍCULO 5.º, APARTADO C): DESAHUCIO POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: PREEXISTENCIA DE LA INDUSTRIA: *El inciso segundo de dicho apartado y artículo exige que la industria o comercio ejercidos por el propietario que reclame el local arrendado preexista por lo menos con dos años de antelación a su reclamación, lo que no ocurre cuando la actora no ejercía industria, pues la fábrica llevaba parada desde 1936, desde cuyo año sólo existía en dicha fábrica maquinaria inerte que no desarrollaba actividad industrial. [Sentencia 11 diciembre 1954.]*

39. ARRENDAMIENTOS URBANOS; LEGISLACIÓN DEROGADA; DECRETO DE 21 DE ENERO DE 1936; RESOLUCIÓN: *El consentimiento del propietario para la ejecución de las obras (lógicamente deducido por el conocimiento y tolerancia de las mismas en el momento de su ejecución), excluye en absoluto que la acción de desahucio pueda prosperar. [Sentencia 4 diciembre 1954.]*

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS; FORMA DEL CONTRATO; LEGISLACIÓN ANTERIOR: *(Véase Sentencia de 3 de diciembre 1954. I-12.)*

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS; RESERVA DE LOCALES; ANTERIOR A LA L. A. U: *La L. A. U. no privó de validez a los convenios anteriores a la fecha de su entrada en vigor referentes a la reserva de locales de negocio en un edificio reedificado.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS; RESERVA DE LOCALES; PROMESA DE CONTRATO Y CONTRATO PERFECTO: *El documento en que se hace constar que el propietario reserva y pondrá a disposición del arrendatario por precio cierto un local, facultándole para traspasar o ceder sus derechos como industrial e inquilino, no constituye obligación de celebrar un futuro contrato, sino un contrato perfecto.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS; RESERVA DE LOCALES; RENTA JUSTA Y RAZONABLE: *Lo es la asignación de un 6 por 100 del capital invertido en la construcción, como renta de un local previamente reservado, al ser superior al interés legal del dinero y tratarse de una inversión urbana en una capital de provincia. [Sentencia 25 febrero 1955.]*

42. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONTRATO PACTADO POR EL USUFRUCTUARIO DEL INMUEBLE: *Al extinguirse el usufructo queda resuelto el contrato de arrendamiento suscrito entre el usufructuario arrendador y el arrendatario.* [Sentencia 23 noviembre 1954.]

CONSIDERANDO: Que no puede estimarse comprendido en el precepto del artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el de cambio de titular no dueño, a un titular dueño en pleno dominio, como es el de consolidación del usufructo con la nuda propiedad, porque para ello sería preciso deducir, sin fundamento bastante, de una expresión confusa y deficiente, la derogación de la disposición clara y terminante del artículo 480 del Código civil, disposición que responde a la esencia propia del usufructo, según la legislación vigente (Considerando 2.º).

OBSERVACIONES: Como excepción a esta doctrina general sentada, véase la Sentencia de 7 de diciembre de 1954.

43. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONTRATO PACTADO POR USUFRUCTUARIO: *Confirma el criterio de la Sentencia de 23 noviembre 1954.* [Sentencia 20 enero 1955.] (Véase Sentencia anterior.)

44. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN: *Es nula de pleno derecho la cláusula que consiente al propietario una elevación de la renta, basada en las oscilaciones que pueda sufrir el precio del pan.*

CONSIDERANDO: que dentro del Código civil, donde se proclama el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual—artículo 1.255 de dicho cuerpo legal—, hay que otorgar eficacia jurídica a cláusulas como la indicada, y así lo ha reconocido la doctrina de este Tribunal, al declarar que tales cláusulas constituyen una previsión para garantizar el justo interés contractual y amparar la justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones a las partes en los contratos onerosos, pero existen en nuestro Derecho leyes y disposiciones que constituyen una excepción a ese principio general e impiden la aplicación de cláusulas de tal naturaleza, como son las que regulan los arrendamientos urbanos, una de cuyas finalidades esenciales es mantener el precio de los arrendamientos prohibiendo el aumento de su importe más allá de los límites que las mismas señalan, y sin que lo establecido por tales leyes y disposiciones pueda ser derogado por la voluntad de las partes más que en aquello que en tales normas se determina—artículos 6 y 13 del Decreto de 29 de diciembre de 1931; 6 y 11 del de 21 de enero de 1936 y 121, 128 y 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. (Considerando 3.º)

OBSERVACIONES: Es de resaltar el distinto criterio que en relación a la renta se mantiene por el legislador respecto de los arrendamientos urbanos y rústicos, pues mientras en los primeros se prohíbe terminantemente la cláusula valor-trigo, en los segundos es precisamente esa cláusula la que sirve de base para determinar la renta e incluso en aquellos casos en que se hubiese pactado en dinero, el propio legislador dicta normas para realizar la conversión (véase Decreto-ley 15 de julio de 1949). (A. I.)

45. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS DE MEJORA: PERSONAS OBLIGADAS A CONTRIBUIR: *Están obligados a participar en la derrama del porcentaje*

todos los «ocupantes» a quienes beneficie directa o indirectamente, pero pero no puede alcanzar a quienes no reciban beneficio de ella; hay un beneficio indirecto cuando incrementa el valor material del inmueble y, como consecuencia, el de los locales de negocio que puede ser cotizable en caso de traspaso.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS DE RECONSTRUCCION: *Corren a cargo del arrendador conforme al artículo 139 L. A. U. [Sentencia 12 febrero 1955.]*

46. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: FINCA REGISTRAL: *A los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando en el contrato de arrendamiento una finca tenga tratamiento de independiente, no se tendrá en cuenta el hecho de que registralmente figure formando en unión con otra una sola finca, y procederá el derecho de retracto a favor del arrendatario de local de negocio que ocupe aquélla, aun cuando la renta realizada lo haya sido de la totalidad de la finca registral.*

ANALOGÍA: *El artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos proclama el principio de la analogía para resolver los casos en que la cuestión debatida no esté expresamente regulada en ella. [Sentencia 18 diciembre 1954.]*

ANTECEDENTES: El propietario de una finca urbana con amplio solar anexo levantó, en parte de éste, una nueva casa de una sola planta, que inscribió en el Registro de la Propiedad mediante la correspondientes declaración de obra nueva. Aunque ambas figuran como una sola en dicho Registro, presentan diferente numeración en las calles a que dan sus fachadas y satisfacen un líquido imponible independiente. Arrendada la finca nueva y vendido la totalidad del inmueble, se inscribió sin dificultad la escritura, por entenderse que no eran necesarias las notificaciones de los artículos 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. E interpuesta demanda por el arrendatario del local de negocio de la casa últimamente construída, el Tribunal Supremo, revocando la de la Audiencia, sienta la doctrina indicada.

CONSIDERANDO: que aunque es verdad que en principio incumbe al propietario la iniciativa en la configuración de su propia finca, con arreglo al artículo 348 del Código civil, y especialmente si la edificación realizada por él en el solar integrante de una finca propia ha de ser considerado o no como una finca a efectos registrales, siguiendo el oportuno expediente, es lo cierto que tal determinación debe ajustarse a las condiciones físicas del inmueble, y en el presente caso, la edificación, que viene siendo ocupada por el demandante, a virtud del contrato de arrendamiento de que se ha hecho mérito, y en el que se hace constar que se arrienda la planta baja (única) de la casa número 13 de determinada calle, numeración que sólo a dicha parte de la finca registral se refiere, y que, además, satisface contribución territorial, con independencia de la otra, ha de considerarse, para los efectos del contrato de arrendamiento, como una sola finca y sin subordinación con respecto a ella, por lo que es de estimar hay idéntico fundamento al de los casos taxativamente determinados en la Ley para reconocer al inquilino el derecho al retracto, por lo que es procedente estimar el recurso en su segundo motivo, entendiéndose que la Audiencia, al no

estimarlos así, incurrió en la infracción de los artículos 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. (Considerando 5.).

OBSERVACIONES: Quizá el aspecto más importante de esta Sentencia es el que hace referencia al concepto de finca. Como se habrá podido apreciar el concepto registral no coincide con el que el Tribunal Supremo tiene a los efectos de poderse ejercitar el derecho de retracto. Cuando por sus características físicas, independencia o incluso tratamiento separado en el contrato de arrendamiento, se demuestra que en realidad se trata de una finca distinta, aunque esté integrada registralmente en otra, hay que entender que se trata de dos fincas diferentes, y procede el ejercicio del derecho de retracto, aun vendidas ambas globalmente como una sola. Por eso la Sentencia condena al propietario a que otorgue la correspondiente escritura pública subrogando al inquilino en la adquisición de la casa o local de negocio en las mismas condiciones de su adquisición y por el precio proporcional que corresponda a dicho edificio, dentro del precio global en que se vendió la totalidad de la finca registral. La postura del Tribunal Supremo está justificada, pues con ello se sale al paso de posibles maniobras que puedan hacerse para burlar el derecho de retracto del inquilino.

CONCORDANCIAS: Aplican igualmente el principio de analogía las sentencias de 27 de noviembre de 1947 y la de 8 de junio de 1952.

47. ARRENDAMIENTOS URBANOS. DERECHO DE RETRACTO: *El derecho de retracto establecido en el artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo corresponde al arrendatario de la finca vendida, cuando existe en ella una sola vivienda o local de negocio, sin que pueda ejercitarse tal derecho en el caso de que sean dos los locales de negocios existentes, y dos arrendatarios los que pretendan retraer por acción conjunta.*

INTERPRETACIÓN DE LA LEY: *Cuando los preceptos legislativos son claros hay que atenerse al sentido literal de su texto, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.281 del Código civil.*

ANALOGÍA: *No es dable confundir la exégesis extensiva de una norma con la conclusión de casos que caen fuera del ámbito de su aplicación. [Sentencia 14 enero 1955.]*

ANTECEDENTES: Vendida una finca compuesta solamente de dos locales de negocio, fué ejercitado por ambos arrendatarios el derecho de retracto. Desestimada la demanda en ambas instancias, el Tribunal Supremo no dió lugar al recurso.

OBSERVACIONES: Interpuesto el mencionado recurso al amparo de la causa tercera del artículo 173 de la Ley por infracción de los artículos 63 y 64 de la misma disposición, que deben ser interpretados extensivamente con arreglo al criterio jurisprudencial establecido en la Sentencia de 27 de noviembre de 1947, el Tribunal Supremo lo desestima acertadamente, ya que el caso que aquí se debate y el que fué objeto de aquella sentencia son completamente distintos, pues en la de 27 de noviembre de 1947, se extendió el derecho de retracto a los casos de transmisión de participaciones indivisas de una finca, ya que el arrendatario pasa a propietario con la posibilidad de llegar a ser dueño único de la finca mediante la adquisición de las restantes participaciones en futuras ventas.

y de esta manera no resulta burlada la voluntad del legislador, por la confabulación entre vendedor y comprador, privando al arrendatario de su derecho de retracto. Pero este supuesto no guarda ninguna analogía con el actual en donde los preceptos claros de los artículos 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no permiten el ejercicio de dicho derecho mediante una interpretación extensiva. (A. I.)

48. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE TANTEO A FAVOR DEL PROPIETARIO POR TRASPASO DEL LOCAL DE NEGOCIO: TINAJAS EMPOTRADAS: ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *No habiéndole dado las partes por convenio mayor extensión, el derecho de tanteo del propietario se refiere sólo al local de negocio que fué objeto del arrendamiento y que va a ser traspasado, sin que el arrendador venga obligado a adquirir por virtud del tanteo los demás bienes que fueran incluidos en el traspaso concertado con el inquilino por tercera persona, ni aunque dichos bienes, unas tinajas construidas por el arrendatario, tengan el carácter de inmuebles según el artículo 334 del Código civil. Y ello no supone enriquecimiento injusto, pues se deriva de un acto realizado por el arrendatario a sabiendas de que no le confería ningún derecho una vez expirado el término del contrato.* [Sentencia 12 noviembre 1954.]

49. RETRACTO ARRENDATICIO URBANO: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *Si se toma como punto de partida, como lo hace el Tribunal, la fecha del acta de requerimiento de 13 de noviembre, es evidente que cuando la demanda fué presentada en 29 de diciembre, no habían transcurrido los sesenta días marcados por la ley, y por ello no cabe alegar la caducidad de la acción conforme al artículo 67 de L. A. U.* [Sentencia 16 octubre 1954.]

50. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ELEVACIÓN DE RENTAS: NOTIFICACIÓN: *Es precisa la notificación por escrito, exigida por el artículo 129 L. A. U. para que el arrendador tenga derecho al percibo de cualquier elevación de renta.* [Sentencia 9 diciembre 1954.]

51. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *Cuando la Sala de instancia ha declarado la inexistencia de la necesidad, sólo puede impugnarse demostrando el manifiesto error en la apreciación.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *La insuficiencia de la renta para cubrir las necesidades vitales del arrendador no es por sí misma prueba de la necesidad, si no se demuestra que él mismo y su mujer carecen de otros bienes y medios de vida.* [Sentencia 11 febrero 1955.]

52. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: SELECCIÓN DE LA VIVIENDA: *Ningún precepto obliga al propietario a demandar a todos y cada uno de los inquilinos de la vivienda para discutir sobre la prelación.*

¿QUIÉN ES FUNCIONARIO PÚBLICO?: *La cualidad de funcionario público debe existir en el inquilino y no en otra persona que eventualmente tenga derecho a subrogarse en sus derechos; la selección está mal hecha si se consideró funcionario público con deber de residencia a una maestra jubilada.*

LA FECHA DEL CONTRATO COMO CRITERIO SELECTIVO: *No son de tener en cuenta las fechas de los contratos de arrendamiento cuando no hay entre los inquilinos la igualdad de condiciones del último párrafo del artículo 79 L. A. U.*

SELECCIÓN DE VIVIENDA: ANALOGÍA: *No cabe invocar la analogía cuando se resuelve con base a la aplicación estricta del precepto legal. [Sentencia 25 octubre 1954.]*

53. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 77, D), L. A. U.: *No supone necesidad la amenaza de desalojo del piso de que es arrendatario cuando el requerimiento de su arrendador quedó sin efecto en virtud de la disposición transitoria 15 L. A. U. y no se reprodujo con posterioridad, sin que pueda aplicarse por ello la presunción del apartado d) del artículo 77.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 77, D): *Si bien la Ley no exige para su procedencia que el propietario tenga que oponerse en todo caso a la pretensión de su arrendador, tampoco debe desconocerse que cuando dicha pretensión sea notoriamente improcedente, la oposición es necesaria para que la demanda por él deducida pueda prosperar [Sentencia 29 enero 1955.]*

54. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *La determinación de la necesidad es una cuestión de hecho, sólo impugnabile en casación mediante la alegación de error en la prueba.*

COMPETENCIA: PROCESOS EN QUE TIENE INTERÉS EL ESTADO: *El artículo 57 de la ley adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 1882, según el cual tratándose de pleitos en que tenga interés el Estado, sólo son competentes los Juzgados de las localidades en que exista Audiencia, ha de entenderse inaplicable a los procesos de arrendamientos urbanos, pues el artículo 159 L. A. U. dispone que en ellos es competente en todo caso el Juez del lugar en que se halle la finca. [Sentencia 30 diciembre 1954.]*

55. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *No puede invocarse en la demanda una causa de necesidad distinta de la que se hizo constar en el requerimiento hecho al arrendatario.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: REQUERIMIENTOS ANTERIORES A LA L. A. U.: *Perdieron su eficacia según la disposición transitoria 15 y no pueden considerarse válidos en una demanda posterior a la L. A. U. [Sentencia 8 febrero 1955.]*

56. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: DERRIBO PARA REEDIFICACIÓN: REQUISITOS: *Para que proceda la excepción a la prórroga no basta con que el arrendador contraiga ante el Gobernador civil el compromiso mencionado en el artículo 102 a) de la L. A. U., sino que es necesario el transcurso del plazo prevenido en el párrafo b) del mismo artículo.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERRIBO PARA REEDIFICAR: NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO: *Es válida, aunque en ella se hiciera constar solamente el propósito de que la nueva edificación contara con locales de vivienda, si de los antecedentes de hecho se deduce que había de contar también con locales de negocio. [Sentencia 27 noviembre 1954.]*

57. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: DERRIBO PARA REEDIFICACIÓN: *La autorización gubernativa de la demolición no prejuzga la procedencia de la acción, basada en el proyecto de derribo.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA: DERRIBO PARA REEDIFICACIÓN: *No puede desestimarse la acción porque el actor no haya demostrado la veracidad de su propósito, pues la Ley no exige esta justificación y garantiza a los arrendatarios para ese caso con los derechos establecidos en los artículos 103 y siguientes de la L. A. U.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERRIBO PARA REEDIFICACIÓN: REQUISITOS DEL COMPROMISO: *El no haberse expresado en la solicitud dirigida al Gobernador y en la notificación al demandado que al reconstruir la finca se respetaría el número de locales de negocio existentes no puede servir de fundamento para desestimar la acción. [Sentencia 20 octubre 1954.]*

58. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CARÁCTER EXHAUSTIVO DE LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN: *Las causas de resolución y suspensión del contrato y las de excepción a la prórroga, consignadas en la L. A. U., tienen carácter exhaustivo.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NO USO DE LA COSA ARRENDADA: *No es causa de resolución de un arrendamiento urbano, porque las demandas de resolución no pueden fundarse en la legislación común. [Sentencia 21 enero 1955.]*

OBSERVACIONES: *Se reitera la doctrina establecida en la sentencia de 6 octubre 1950 (vid. Anuario VII, II 1954, pág. 603, y las observaciones entonces hechas). Hay que reiterar también que si, por lo que respecta a la L. A. U. la doctrina no ofrece reparos, no ocurre lo mismo cuando alude al C. c. dando a entender que el no uso es, según él, causa de resolución. El artículo 1.569, 4.º del C. c., considera causas de desahucio el destinar la cosa a un uso no pactado que la haga desmerecer y no sujetarse en el uso a la obligación de diligencia impuesta en el artículo 1.555. El uso es un derecho o facultad del arrendatario. El no uso es el inejercicio de esta facultad. Lo que ocurre es que la Ley le pone unos límites: uso diligente, uso sin variar el destino de la cosa. La violación de los límites del derecho—uso negligente, uso variando el destino—podrá ser causa de desahucio, pero no el no uso en sí mismo.*

59. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN: *No señalado en la Ley término especial de prescripción de la acción para pedir la resolución*

del contrato de arrendamiento por la causa quinta del artículo ciento cuarenta y nueve de la L. A. U. es preciso, por ser personal dicha acción, estimar como término para su prescripción el de quince años.

OBRAS NO PERMITIDAS: *El artículo 149 de la L. A. U. no hace depender la resolución del arrendamiento por haber llevado a cabo el arrendatario obras sin el consentimiento del arrendador de que beneficien o perjudiquen el local arrendado, ni de que pueda o no restaurarse la finca a su situación anterior. [Sentencia 12 julio 1954.]*

60. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *No puede pretenderse resolver la relación arrendaticia por causa distinta de las enumeradas en el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ALCANCE DEL ARTÍCULO 181 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *El artículo 181 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no autoriza la resolución de la relación arrendaticia por causa distinta de las establecidas en el artículo 149 de la misma Ley.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LAS CONDICIONES ESTIPULADAS EN EL CONTRATO: *Originada una infracción del contrato de arrendamiento, pueden ejercitarse por el arrendador las acciones que le asistan, conforme a la legislación común, que no tiendan a obtener su resolución.*

ANTECEDENTES: *El contrato de arrendamiento contenía la siguiente cláusula: «El local arrendado habrá de destinarse precisamente a la confección y venta de tapices cuya primera materia sea el fieltro, siendo condición expresa la de que el local no ha de destinarse a comercio de clase semejante o similar al de «J. A. E.», no pudiendo tener con ningún motivo existencias de géneros tales como paños, sedas, percales, etc., ni dedicarse a otros artículos que se venden por unidades, y que también son objeto del establecimiento ya indicado.» El incumplimiento de esta cláusula se sanciona con la terminación del contrato, debiendo advertirse que la fecha del contrato es de 1 de agosto de 1943. En virtud de dos actas notariales levantadas en diversas fechas del año 1950, se acredita que en los escaparates del comercio instalado en el local arrendado se exhiben diversos artículos de los que se venden por unidades (medias, calcetines, etc.). El arrendador solicita el desahucio, al amparo del número 3.º del artículo 1.569 del Código civil. El Juzgado estima la demanda, pero la Audiencia la revoca.*

El arrendador interpone recurso de casación, y el Tribunal Supremo no da lugar a él, con base a los razonamientos expresados en un único considerando.

CONSIDERANDO: *que la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos ha creado un estado de derecho necesario e ineludible cumplimiento, y dado lo en ella dispuesto, no puede pretenderse resolver la relación arrendaticia, por causa distinta de las enumeradas en su artículo 49, lo que supondría una*

agravación de la situación del inquilino, que vería ampliados los motivos de desahucio, en contra del espíritu y razones sociales que motivaron la legislación especial, sin que el artículo 181 de la misma lo autorice, pues claramente condiciona la aplicación de las leyes procesales comunes, a que la acción que se ejercite, aunque propia de la relación arrendaticia urbana, no se fundamente en derechos reconocidos en dicha Ley, y el derecho principal reconocido en ella es el de prórroga forzosa en favor del inquilino, a no ser que incurra en alguna de las causas que autorizan la resolución del arrendamiento, sin perjuicio de que, originada una infracción del contrato de arrendamiento, puedan ejercitarse por el arrendador las acciones que le asistan, conforme a la legislación común, que no tiendan a obtener su resolución, y a ello se refiere el repetido artículo 181.»

OBSERVACIONES: En el recurso se aludían a cuestiones de procedimiento, en torno a si la vía procesal utilizada —juicio verbal de desahucio— era la adecuada. Pero el Tribunal Supremo no se detiene en ellas y va directamente al fondo del asunto declarando categóricamente que no puede pretenderse resolver la relación arrendaticia por causa distinta de las enumeradas en el artículo 149 L. A. U.; afirmación que, por reiterada, no sorprende; sin embargo, ¿puede mantenerse a ultranza? El propio Tribunal Supremo ha dado lugar a la resolución del contrato de arrendamiento otorgado por usufructuario, al extinguirse el derecho de usufructo, en S. S. 14 de mayo y 24 de junio de 1952 y 9 de julio de 1953, no obstante figurar esta causa entre las enumeradas en el artículo 149 L. A. U. (Cfr. en la doctrina, favorable a la extinción la opinión de Cossío y Rubio, «Tratado de Arrendamientos Urbanos», I, pág. 340). Y aunque reiteradamente ha declarado el mismo Tribunal que el no uso no es causa de desahucio, no puede desconocerse que en algunos Juzgados municipales y de primera instancia se mantiene la tesis opuesta. Cabe, finalmente, imaginar un contrato de arrendamiento urbano en el que se inserte una condición lícita, ¿puede negarse, en todo caso, aplicabilidad al artículo 1.124 C. c.? Creemos que no. Notamos, pues, que aquella tajante doctrina no puede aceptarse sin ciertas limitaciones.

61. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBSTITUCIÓN ARRENDATICIA ILEGAL: *Lo que determina la resolución del contrato de arrendamiento es la substitución del arrendatario por un tercero en el goce o uso de la cosa arrendada sin dar cumplimiento a los requisitos que la Ley previene sin que sea necesario precisar si tal substitución constituye cesión, traspaso o subarriendo.* [Sentencia 1 febrero 1955.]

62. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: SUBARRIENDO: *El arrendatario puede introducir a un tercero en el uso parcial de la cosa arrendada, sin que por ello haya lugar a la resolución del contrato, cuando ha establecido en ella una industria que tenga como objeto el prestar alojamiento, pero no puede admitirse que confiera esta facultad el ejercicio de una industria de fiqón, cuyo objeto es únicamente la preparación y venta de cosas ordinarias de comer.* [Sentencia 30 diciembre 1954.]

63. ARRENDAMIENTOS URBANOS: AUTORIZACIÓN PARA SUBARRIENDAR: *La autorización otorgada al arrendatario para subarrendar el local de negocio a una sociedad no puede extenderse a un nuevo subarriendo a otra sociedad*

con nombre, fines y duración diferentes, formada por dos de los tres socios de la primera. [Sentencia 7 julio 1954.]

64. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: *El subarriendo cuando se concierta sin la preceptiva autorización del propietario arrendador, constituye la causa segunda de resolución del arrendamiento, según el artículo 149 L. A. U.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACTOS PROPIOS: *Si los demandados reconocieron anteriormente en un contrato a la actora como propietaria y arrendadora de la casa, no pueden en el juicio impugnar tal reconocido carácter de aquélla, yendo contra sus propios actos.* [Sentencia 29 noviembre 1954.]

65. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS ORDENADAS GUBERNATIVAMENTE: *El artículo 142 L. A. U. no exige que el arrendador sea necesariamente requerido para la ejecución de las obras por las autoridades, siendo suficiente que el inquilino haya hecho saber al propietario la existencia de estas órdenes.* [Sentencia 6 julio 1954.]

66. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS INCONSENTIDAS: *La construcción de varios tabiques para formar habitaciones independientes modifica la configuración del local, sin que la realidad y efectos de la construcción dependan de que la haya o no visto el propietario, ni de que a éste se informase o no de ellas.*

INFORME PERICIAL: *La fuerza probatoria de un informe pericial no se desvirtúa en su totalidad, según las reglas de la sana crítica porque el perito que la haya emitido pueda haber incurrido en error respecto a un extremo intrascendente.* [Sentencia 29 enero 1955.]

67. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS: *Variar la situación de un tabique entre dos departamentos, alterando las respectivas dimensiones de lo que antes constituía uno solo, y suprimir otro con la consiguiente reparación de un pasillo son obras que se hallan comprendidas entre aquellas que el arrendatario no puede realizar sin que el arrendador las consienta, haciendo caso omiso de que con tal variación se haya o no beneficiado la cosa arrendada.*

CAMBIO DE SERVICIOS: *La instalación de una cocina en pieza destinada a tal servicio, y la transformación de un retrete en urinario no afectan a las condiciones del local, por suponer sólo un cambio de los servicios inherentes al edificio arrendado.* [Sentencia 29 diciembre 1954.]

68. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRA INCONSENTIDA: *Arrendarse un local para fin determinado sin prever nada sobre su modificación no permite presumir autorización para modificar su configuración, sino, por el contrario, que el local reunía las condiciones precisas para el fin a que se arrendó.* [Sentencia 1 febrero 1955.]

69. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *El levantamiento de un tabique que da lugar a la existencia de dos locales de negocio donde había sólo uno, modifica de una manera esencial la distribución, forma y aspecto peculiar del local arrendado, y constituye, cuando no se solicitó autorización del dueño para hacer tal obra, la causa de resolución 5.ª del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. [Sentencia 25 septiembre 1954.]*

70. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DAÑOS CAUSADOS DOLOSAMENTE: *El término «dolosamente» empleado en el artículo 149 de L. A. U. para establecer la causa quinta de resolución del contrato, significa «con malicia o intención», es decir, con el propósito y fin de causar los daños a que se refiere.*

ARRENDAMIENTO URBANO: MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL LOCAL: *La apertura de un hueco de comunicación entre el local arrendado y otro contiguo modifica la configuración de aquél y constituye la causa quinta del artículo 149 de L. A. U. [Sentencia 29 octubre 1954.]*

71. ARRENDAMIENTO URBANO: DEMOLICIÓN DEL INMUEBLE: ALCANCE DE LA AUTORIZACIÓN DEL GOBERNADOR CIVIL: *Según el artículo 115 de L. A. U., la autorización del Gobernador Civil para demoler el inmueble es necesaria para que prospere la acción de resolución, sin que dicho precepto legal, ni el 102, condicionen las notificaciones prevenidas en éste, a tal autorización.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DEMOLICIÓN DEL INMUEBLE: NOTIFICACIÓN: REQUISITOS: *Las notificaciones a que se refiere el artículo 102 de L. A. U. sólo están condicionadas, en cuanto a su contenido, por el que el mismo artículo señala; y en cuanto al tiempo en que deben ser hechas, con un año de antelación, por lo menos, al día en que se proyecte iniciar la demolición. [Sentencia 8 junio 1954.]*

72. ARRENDAMIENTOS URBANOS: INTERPRETACIÓN DE LEY: *Para investigar el sentido de una ley hay que tener muy en cuenta la situación jurídica anterior y averiguar el alcance del precepto que se trate de interpretar en conexión con otros de la propia ley.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR PÉRDIDA DE LA COSA: *Según el C. c. y el artículo 155 de L. A. U. la pérdida de la cosa arrendada es causa de extinción de las obligaciones dimanantes del contrato de arrendamiento.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 20: EDIFICIO DESTRUIDO Y EDIFICIO DAÑADO: *Aunque la disposición transitoria 20 de L. A. U. hable de reconstrucción, se refiere sólo a los inmuebles que hayan experimentado o sufrido daños. [Sentencia 1 julio 1954.]*

73. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: NEGOCIO NOTORIAMENTE INMORAL: *La notoriedad no significa que la existencia de tal nego-*

cio sea públicamente conocida, sino que se refiere a la esencia o naturaleza del mismo, es dectr. que los actos del arrendatario sean «per se» inmorales.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: NEGOCIO INMORAL: PRUEBA: *La dificultad de la confirmación de unos actos que, por ser atentatorios al pudor y buenas costumbres, se ejecutan en la mayor clandestinidad, hace que no necesiten una prueba rigurosa y total [Sentencia 2 febrero 1955.]*

74. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RENUNCIA TÁCITA A LOS BENEFICIOS QUE CONCEDE LA LEY: *El consentimiento prestado por el arrendatario del local del negocio al establecimiento de una renta que sobrepasa los límites legales, implica una renuncia tácita al derecho que hubiera podido tener a su reducción. [Sentencia 27 enero 1955.]*

OBSERVACIONES: Los beneficios que concede la Ley de Arrendamientos Urbanos a los inquilinos y subarrendatarios de viviendas son irrenunciables, pero no así los establecimientos en favor de arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocio, los cuales son renunciables salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento.

75. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LA SUSTITUCION DE PERSONAS EQUIVALE AL TRASPASO: *Hay sustitución de una persona física por una persona jurídica, cuando se contrata el arrendamiento personalmente y luego se instala en el local una Fundación, dedicada a Residencia de Señoritas, aunque su Junta Directiva esté presidida por la arrendataria; y tal sustitución implica el traspaso del local sin cumplir los requisitos que para su eficacia exige el capítulo IV de L. A. U., constituyendo, por tanto, causa de resolución del contrato de arrendamiento. [Sentencia 27 marzo 1954.]*

76. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO ILEGAL: LOS ARTICULOS 44, 45 Y 149, CAUSA TERCERA DE L. A. U., DESCANSAN EN EL SUPUESTO DE LA EXISTENCIA DEL TRASPASO, Y DECLARADA LA SIMULACIÓN DEL MISMO, NO ES POSIBLE SU APLICACIÓN. *[Sentencia 12 junio 1954.]*

OBSERVACIONES: El Tribunal Supremo se fundamentó para desestimar el recurso: 1.º El traspaso no tuvo realidad por no mediar consentimiento ni precio y sólo existió entre las partes el acuerdo deliberado de crear una ficción contractual con ausencia de toda intención y finalidad jurídica, persiguiendo el sólo fin administrativo de conseguir las respectivas alta y baja en Hacienda; 2.º La simulación de los contratos es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juzgador de Instancia y sólo puede ser impugnada al amparo del número 4. del artículo 173 de L. A. U.

77. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO CONSENTIDO POR EL USUFRUCTUARIO: NO EXTINCIÓN POR FALLECIMIENTO DEL MISMO: *La doctrina mantenida por el Tribunal Supremo sosteniendo la vigencia del artículo 480 del C. c. frente a los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos no tiene aplicación en el supuesto de que el primitivo arrendador propie-*

tario consistiere con posterioridad, cuando sólo era usufructuario, el traspaso del local de negocio a un tercero, pues éste se subroga en los mismos derechos y deberes que su antecesor tenía como arrendatario. [Sentencia 7 diciembre 1954.]

ANTECEDENTES.—Suscrito en 1939 contrato de arrendamiento de un local de negocio entre A y el propietario B, fallecida después la mujer de éste, en la escritura de partición de bienes se adjudica la nuda-propiedad de la finca en donde se encontraba el local, a los hijos de B, y a éste el usufructo de ella. Traspasado por A en 1948, con el consentimiento de B, el mencionado local a C, a la muerte del usufructuario, los hijos y nudo-propietarios consideran que al haberse extinguido el usufructo queda concluido el arrendamiento. Ante la negativa de C, interponen la demanda, que es desestimada por el Juzgado. La Audiencia confirma la sentencia de aquél. El interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo no da lugar a él.

CONSIDERANDO: que si bien es cierto que esta Sala viene declarando con reiteración que la Ley de Arrendamientos urbanos no derogó el artículo 480 del Código civil, ni, por lo mismo, queda sujeto a prórroga forzosa para el arrendador el arrendamiento concedido por el usufructuario, también lo es que en los casos hasta ahora contemplados se trataba de simples relaciones arrendaticias sin interferencias de otro nexo jurídico que pudiera desvirtuar la aplicación del Código civil, pero es que el problema suscitado en este pleito pone de relieve que el arrendamiento concertado en el año 1948 no ha sido llevado a efecto lisa y espontáneamente, sino que se efectuó por derivación o consecuencia de otro convenio sobre traspaso de los locales a la demandada por un arrendatario que los venía usando desde 1939 en virtud de contrato celebrado por la misma persona que entonces era propietaria y no mera usufructuaria de la finca y ante esta situación *de facto* es indudable que el contrato de 1948 es una reproducción del de 1939, sólo modificado por el cambio de arrendatario, ya que a tenor de lo que dispone el artículo 44 de la Ley de Arrendamientos urbanos, repitiendo en lo sustancial el texto del artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936, quien adquiere por traspaso el uso de un local de negocio, se subroga en los mismos derechos y deberes que tuviera su antecesor como arrendatario, de lo que se infiere que, siendo indiscutido el hecho de traspaso, en el que tuvo intervención y participación pecuniaria el arrendador, se produjo la sustitución del arrendatario precedente por la arrendataria demandada, que pasó a ocupar el pñesto de aquél con todos sus derechos y obligaciones, y, en consecuencia, como es cuestión también indiscutida que el anterior arrendatario y después cedente por traspaso estaba acogido a los beneficios de la Ley especial, en particular al de la prórroga indefinida establecida por el artículo 70 de la misma ley, es visto que el beneficio de prórroga le asiste a la demandada-cesionaria, sin que en este respeto le afecte el fallecimiento del arrendador, ni pueda redundar en su perjuicio un convenio particional realizado por el arrendador y sus hijos con posterioridad al primitivo arriendo, asignando la totalidad de usufructuario a quien en la fecha del originario arrendamiento era dueño en pleno dominio de la finca arrendada (Considerando 3.º).

78. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO INCONSENTIDO: *Si el arrendatario cedió el local a un hermano suyo, sin anuencia del propietario, hay un traspaso ilegal y procede el desahucio.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LOCAL DE NEGOCIO: *Si el arrendatario destinó desde el primer momento el local arrendado con anuencia del propietario a local de negocio, el haber omitido el consignarlo así en el contrato, únicamente daría a las partes el derecho a compelerse recíprocamente al otorgamiento de un documento complementario en que tal circunstancia se hiciera constar. [Sentencia 18 diciembre 1954.]*

79. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO NO CONSENTIDO: DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DE L. A. U.: *Debe interpretarse restrictivamente y, en consecuencia, no puede aplicarse a los casos de traspaso no consentido, sin que sea posible aplicarla analógicamente, pues se trata de un supuesto expresamente regulado en L. A. U.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CONSENTIMIENTO PARA TRASPASAR: CARGA DE LA PRUEBA: *No cabe exigir al demandante que pruebe su falta de autorización para que el traspaso se realice. [Sentencia 5 marzo 1955.]*

80. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: PODER PARA RENUNCIAR LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO: *La autorización para traspasar implica la renuncia de los derechos de tanteo y retracto concedidos legalmente al dueño.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: AUTORIZACIÓN PARA TRASPASAR: *Para autorizar el traspaso, el artículo 1.021 de la Ley de Enjuiciamiento civil no otorga facultades al mero administrador judicial, ni tampoco las tiene el designado por voluntad de los interesados sin poder bastante.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO ILEGAL: PRUEBA: *En nada contradice la realidad del traspaso, dado el interés de los demandados en ocultarlo, la falta de presentación para la liquidación de derechos reales de un documento, ni la presentación, al mismo fin, de otro privado, conteniendo un supuesto arrendamiento. [Sentencia 25 septiembre 1954.]*

81. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO ILEGAL: *Lo es cuando no se notificó fehacientemente al arrendador el propósito de realizarlo, con objeto de que pudiera ejercitar su derecho de tanteo, y lo que se hizo fué comunicarle el ya ejecutado, aunque tampoco en la forma requerida por el artículo 45 e), L. A. U.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RENUNCIA DE DERECHOS: *El intento del arrendador de ejercitar el tanteo, una vez llevado a cabo el traspaso, aunque ignorándolo, no supone renuncia a su derecho a resolver el contrato.*

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *No va contra sus propios actos el contratante que, tras intentar el ejercicio de su derecho infructuosamente*

por causa de la otra parte, se ve obligado a cambiar de posición frente a ella. [Sentencia 22 noviembre 1954.]

82. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO ILEGAL: *La aportación del derecho de arrendamiento a una sociedad constituida por el arrendatario y un tercero supone un traspaso in consentido y es causa de resolución del contrato de arrendamiento.* [Sentencia 21 diciembre 1954.]

83. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CESIÓN NO AUTORIZADA: *Aunque no se haga constar expresamente en la escritura social, la aportación del arrendamiento a una sociedad de personalidad distinta de la natural del arrendatario y que ha sustituido a éste en el goce o uso del local arrendado es causa de resolución del contrato cuando se hace sin el consentimiento de arrendador.*

TRASPASO Y SUBARRIENDO: *Constituye traspaso y no subarriendo la aportación del local de negocio a la sociedad, aunque el arrendatario siga pagando la renta y no se haga constar la aportación en la escritura de constitución de la sociedad.* [Sentencia 9 julio 1954.]

84. ARRENDAMIENTO RÚSTICOS: CONTRATO DE VENTA DE FRUTOS: PLAZO: *La libertad contractual se halla cohibida por imperativo de las disposiciones legales en cuanto a la duración de los contratos de arrendamientos rústicos.* [Sentencia 28 noviembre 1953, Sala 5.ª]

85. ARRENDAMIENTO: NATURALEZA DEL OBJETO: FINCA URBANA: *No puede admitirse que la existencia de un escaso número de aves de corral en la cosa arrendada—una huerta cuya contribución rústica es superior a la urbana y en la cual la vivienda es accesoria de la explotación—la convierta en explotación industrial.*

ARRENDAMIENTO: NATURALEZA DEL OBJETO: FINCA RÚSTICA: *No lo es, según el artículo 2.º de la L. A. R. de 1935, el solar edificable enclavado en un núcleo urbano o en la zona de ensanche de una población.*

ARRENDAMIENTO: NATURALEZA DEL OBJETO: SOLAR: VALOR DEL REGISTRO MUNICIPAL: *El carácter de solar lo da el emplazamiento y demás circunstancias de la cosa en el momento de discutirse su condición; la inclusión en el Registro Municipal de solares no atribuye tal cualidad, ni altera la que verdaderamente tenga la cosa a efectos civiles, porque sólo regula una relación administrativa entre el Ayuntamiento y el propietario.* [Sentencia 30 diciembre 1954.]

86. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBJETO: FINCA CULTIVADA: *En determinados casos una finca no pierde su carácter de urbana por ser objeto de cultivo como se desprende del artículo 2.º, L. A. R. de 1935.*

DESAHUCIO: RECLAMACIÓN DE LABORES Y PLANTÍOS: *El artículo 1.604 de la L. E. C. es aplicable tanto a los juicios de desahucio de fincas rústicas como a los de fincas arbaras.* [Sentencia 8 noviembre 1954.]

87. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: *El desahucio de unos arrendatarios convertidos en tales por Ley de 23 de febrero de 1940, como miembros de una comunidad de campesinos, constituidos al amparo de la Ley de Reforma Agraria, no extingue dicha comunidad. La mentada comunidad no puede ser considerada como tercero en nuestro Derecho, en cuanto que no sufre perjuicio alguno con la sentencia de desahucio de unos miembros de ella convertidos en arrendatarios por la Ley de 23 de febrero de 1940.* [Sentencia 22 diciembre 1952, Sala 5.ª]

88. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CONTRAIDO ENTRE HERMANOS: REPRESENTACIÓN DEL AUSENTE: *El contrato celebrado entre un hermano y el cónyuge del otro, como representante de éste, por estar declarado ausente debe incluirse en el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935; aunque la posterior declaración de fallecimiento del ausente, tenga efectos desde fecha anterior a la celebración del contrato. La exención que establece este precepto del régimen especial de los arrendamientos rústicos no constituye un derecho personalísimo de las partes, y no lo es ni por su naturaleza, ni por disposición de la ley, ni por voluntad de las partes.* [Sentencia 16 enero 1953, Sala 5.ª]

89. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: REVISIÓN DE RENTA: PLAZO: *La fecha inicial para el cómputo del año a efectos de la revisión de la renta, que fué fijada por sentencia, es la fecha de ésta, aunque tuviese efectos retroactivos.* [Sentencia 28 octubre 1954, Sala 5.ª]

90. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CONSIGNACIÓN: *Para la consignación de rentas consistentes en una determinada cantidad de trigo, que, en virtud de disposiciones estatales, puedan ser abonadas por los arrendatarios en numerario, deberá atenderse al precio oficial de tasa del cereal en el momento en que la merced venza y no al superior o inferior que, con arreglo a dichas disposiciones, tenga el cereal, cuando la consignación, al fin enervativo, se produzca.* [Sentencia 8 octubre 1954, Sala 5.ª]

91. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: FIJACIÓN DE RENTA: OBLIGACIÓN DE CONSIGNAR: *La obligación de consignar la renta vencida, salvo sanción de tenerle por desistido del recurso, es aplicable a todos los pleitos que se derivan de la legislación especial de arrendamientos rústicos.* [Sentencia 27 abril 1953, Sala 5.ª]

92. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: NOVACIÓN: *La alteración en el precio sucedida muy posteriormente, fijándolo en metálico para las casas y en especie para las tierras, con distintas fechas de pago, no implica alteración de condición esencial con capacidad novadora.* [Sentencia 23 enero 1953, Sala 5.ª]

93. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CONSIGNACIÓN: *La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que es indispensable que el arrendador acuse el impago de las rentas vencidas durante la litis, antes de que se verifique el pago de ellas, o se consignen, para que pueda estimarse la obligación de*

pagarlas, necesario para aplicar la sanción de desistimiento, sanción que hay que interpretarla con criterio restrictivo. [Sentencia 8 marzo 1955, Sala 5.ª]

94. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ABONO DE GASTOS Y MEJORAS: PRUEBA: *El arrendatario tendrá derecho a la indemnización de las mejoras hechas en la finca arrendada, cuando pruebe debidamente que fueron hechas a sus expensas. La indemnización debida no está determinada por el coste de la obra, sino en tanto en cuanto siendo la misma obra necesaria o útil, se conserve sin menoscabo y exista al tiempo de entrar el verdadero dueño en su posesión, porque, de otra suerte, podría el arrendatario enriquecerse indebidamente, conforme a las sentencias de 4 de marzo de 1892 y 5 de junio de 1894.* [Sentencia 12 noviembre 1954, Sala 5.ª]

En este sentido, Reverte Moreno, «Abono de gastos y mejoras en los arrendamientos rústicos», Anales de la Universidad de Murcia, 1948, primer trimestre.

95. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: IMPUGNABILIDAD DE LA ENAJENACIÓN: *No es obstáculo para ejercitar la acción de retracto el hecho de que la enajenación de la finca sea susceptible de impugnación por quien, con derecho para ello, se considere perjudicado.* [Sentencia 16 marzo 1955, Sala 5.ª]

96. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE ARRENDATARIO: *El derecho a retraer no se pierde por el hecho de que el arrendatario incida en alguna causa de desahucio, mientras así no se pronuncie por decisión judicial.* [Sentencia 14 febrero 1952, Sala 5.ª]

97. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: *La Ley de 16 de julio de 1949 no puede ser aplicada a un proceso promovido con anterioridad ni enervar el mejor derecho del colindante sobre el arrendatario amparado por la legislación anterior.* [Sentencia 22 diciembre 1952, Sala 5.ª]

98. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: RETROACTIVIDAD DE LA LEY 16 JULIO 1949: *No pueden concederse efectos retroactivos a la Ley de 16 de julio 1949, porque la retroactividad que a dicha Ley concede su disposición transitoria 2.ª está limitada a los juicios cuya tramitación se hallase en curso al publicarse la Ley, no a los que se iniciaron con posterioridad aquella fecha.* [Sentencia 3 diciembre 1952, Sala 5.ª]

99. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: EJERCICIO DEL DEFECTO DE RETRACTO: RETROACTIVIDAD DE LA LEY: *La ley de 16 de julio de 1949 que dió lugar a una nueva redacción de los artículos 16 y 17 de la Ley de 15 de marzo de 1935, se aplica con carácter retroactivo respecto de los juicios de retracto legal, cuya tramitación se hallase en curso al publicarse la misma, según disposición transitoria 2.ª* [Sentencia 1 diciembre 1954.]

ANTECEDENTES.—Subastada una finca en el año 1947 fué adjudicada al colono de ella, a quien se le otorgó la correspondiente escritura de venta.

Demandado por el propietario de la finca colindante, el Juez de primera instancia dió lugar al retracto, y apelada su decisión por el colono, mientras tenía lugar su sustanciación se publicó la Ley de 16 de julio de 1949. Confirmada la decisión del Juzgado por la Audiencia e interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo da lugar a él.

... dada la imperativa y explícita redacción del último párrafo del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 en la modificación introducida por la alegada Ley de 16 de julio de 1949 que establece en dicho párrafo un supuesto nuevo y excepcional de los que contemplan los demás párrafos del mencionado artículo, y que a la letra dice: «si la adquisición de una finca rústica se llevase a efecto por quien a la sazón fuera colono de la misma, en virtud de arrendamiento incluido en el párrafo primero del artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942, sólo podrá ser ejercitado contra dicho adquirente el retracto legal por quien lo hiciera con el carácter de comunero de la finca arrendada y llevara en su copropiedad más de tres años», es forzoso reconocer con tales premisas que no es viable el ejercicio de la acción de retracto de colindantes (Considerando 4.º).

OBSERVACIONES: El principio general del irretroactividad de la ley sufre una excepción cuando la propia disposición ordena lo contrario, supuesto éste de la Ley de 16 de julio de 1949, la cual dado su carácter imperativo, viene a introducir, como acertadamente pone de relieve nuestro más alto Tribunal en esta Sentencia, una alteración notoria en el procedimiento del litigio, ya que mediante lo que previene la regla 2.º de la disposición adicional 7.º de la Ley de 23 de julio de 1942, a la que reenvía aquélla, se presenta en segunda instancia la cuestión en un aspecto nuevo que no se planteó ante el Juzgado, esto es, la condición de arrendatario protegido contra toda acción de retracto (excepto la de comuneros) que ostenta el comprador de la finca. Esta es una innovación procesal que pugna con la sistemática de la apelación en nuestro Derecho, pero que el Tribunal Supremo no tiene más remedio que admitir por acatamiento a la disposición legal que la prescribe.

100. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: VENTA EN PÚBLICA SUBASTA: PLAZO: *El plazo de caducidad del derecho de retracto comienza al otorgarse la escritura pública.* [Sentencia 29 abril 1953. Sala 5.ª]

101. RETRACTO: CADUCIDAD: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: *No caduca el derecho de retracto mientras su titular no conozca el precio y demás condiciones esenciales del contrato de venta.* [Sentencia 8 mayo 1952. Sala 5.ª]

102. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CONSIGNACIÓN: *La indemnización prudencialmente calculada hecha al tiempo de la contestación enerva la demanda de desahucio en cuanto que el D. L. de 26 de julio de 1946 permite realizar la consignación en el momento del lanzamiento.* [Sentencia 24 febrero 1954. Sala 5.ª]

103. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: CONTINUIDAD DE LOS PARIENTES DEL ARRENDATARIO EN EL CONTRATO: *El derecho para continuar en el arrendamiento no se concede conjuntamente a todos los parientes citados*

en el texto legal, sino con prelación excluyente, en el orden que en el mismo se establece. [Sentencia 2 febrero 1953, Sala 5.ª]

104. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: TÁCITA RECONDUCCIÓN: *La prescripción del artículo 1.566 del Código civil no es aplicable a los arrendamientos regidos por la legislación especial que establece causas de prórroga sujetas a formalidades especiales.* [Sentencia 26 febrero 1953, Sala 5.ª]

105. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: TÁCITA RECONDUCCIÓN: DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: *Los artículos 1.566 y 1.577 del Código civil carecen de aplicación al régimen de los arrendamientos rústicos, puesto que las leyes vigentes tienen expresamente prevista la duración de los arrendamientos.* [Sentencia 26 marzo 1953, Sala 5.ª]

106. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DERECHO DE PRÓRROGA: PREAVISO: *La falta de cumplimiento por el arrendatario de la obligación del preaviso y libera al arrendador de la obligación de notificar su propósito de explotación al arrendatario con la antelación de un año.* [Sentencia 23 diciembre 1953, Sala 5.ª]

107. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: PRÓRROGA LEGAL Y VOLUNTARIA: *El derecho concedido al arrendador por la Ley de 28 de junio de 1940 de prorrogar el contrato por el tiempo señalado en el artículo 2.º, deberá realizar en la forma señalada en el artículo 3.º, sin que signifique el silencio del arrendatario su voluntad de continuarlo.*

La prórroga voluntaria concedida al arrendatario no infringe las normas vigentes sobre arrendamientos rústicos. [Sentencia 11 enero 1954, Sala 5.ª]

108. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN: *El arrendador está legitimado para desahuciar, aunque no tenga la titularidad de toda la finca.* [Sentencia 27 marzo 1953, Sala 5.ª]

109. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN PASIVA: TRADICIÓN ARRENDATICIA: *La demanda de desahucio dirigida contra el poseedor de la finca con quien el propietario había contratado no adolece del defecto de falta de legitimación pasiva; aunque estuviesen también otros en la posesión de la finca. Pero sólo a aquél contra quien se dirigió la demanda puede afectar la sentencia.*

La entrega de la finca, tratándose de aprovechamiento inmediato, se presume hecha en el momento de comenzar a tener vigencia el contrato, salvo que se justifique que no pudo realizarse. El artículo 12 núm. 1 de la Ley de 15 de marzo de 1935 no exige la necesidad de una entrega real o simbólica. [Sentencia 17 marzo 1954, Sala 5.ª]

110. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: *La existencia de cosechas pendientes no es obstáculo ni para decretar el desahucio, si es procedente, ni para ejecutar el lanzamiento, pues en este caso puede cumplirse la pre-*

vistón del artículo 1.600 de la Ley de Enjuiciamiento civil. [Sentencia 26 marzo 1953, Sala 5.ª]

111. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: CULTIVO DIRECTO: *La facultad que el arrendador tiene para recabar el cultivo directo de la finca arrendada puede ejercitarlo inmediatamente al terminar el plazo contractual o en un momento ulterior, pero sin que este aplazamiento pueda dar lugar a la tácita reconducción, pues el ejercicio de esta facultad no está sujeta a plazo ni a forma determinada.* [Sentencia 28 noviembre 1952, Sala 5.ª]

112. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: CULTIVO DIRECTO: *La obligación del arrendador de llevar la finca en cultivo directo durante el plazo legal la reconoce implícitamente en el hecho de recobrarla, no exigiéndose ninguna forma especial para contraer dicha obligación.* [Sentencia 15 diciembre 1952, Sala 5.ª]

113. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: DESLEALTAD: *La deslealtad del arrendatario en el cumplimiento de sus obligaciones es causa de desahucio, aun cuando el arrendador deje de cumplir alguna de las suyas.* [Sentencia 14 febrero 1953, Sala 5.ª]

114. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: APERCIBIMIENTO DE DESAHUCIO: *Dada la trascendencia de la presunción de los artículos 1.577 y 1.578 de la L. E. C., es preciso, para estimar su existencia, que el apercibimiento que, conforme al primero de los indicados artículos, ha de hacerse al demandado, se ajuste a la fórmula que contiene el precepto, o sea, la de que si no concurre al juicio, se le tendrá por conforme con el desahucio y se procederá, sin más citarlo ni oírlo, a desalojarlo de la finca, apercibimiento que, como ha declarado la sentencia de 17 de noviembre de 1952, no puede ser substituído por otro más genérico o abstracto, ya que el propósito de la Ley es que se prevenga al demandado del peligro que corre si no concurre al juicio.* [Sentencia 12 febrero 1953, Sala 5.ª]

115. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: INCUMPLIMIENTO DE CULTIVO: *Para que tenga aplicación el párrafo 3.º del artículo 10 de la Ley de 23 de julio de 1942 es menester que el arrendatario venga obligado a cultivar las tierras en virtud de un requerimiento directo de la autoridad.* [Sentencia 2 marzo 1942, Sala 5.ª]

116. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: FIJACIÓN DE RENTA: *Estipulándose en el contrato la merced arrendaticia en dinero y su equivalente en trigo, se cumple la finalidad legal, que exige inexcusablemente su determinación en unidades de la especie trigo, y aunque al mismo tiempo se consignara también que en aquel momento la cantidad equivalía al numerario igualmente expresado, ello no autoriza a despojar al arrendador de su derecho a percibir en los vencimientos sucesivos el valor, según tasa oficial, de la cantidad de trigo que en la fecha del contrato equivalía al numerario expresado.* [Sentencia 29 enero 1953, Sala 5.ª]

117. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: CONSIGNACIÓN: FIJACIÓN DE SU CUANTÍA: *La jurisprudencia ha interpretado la disposición transitoria 3.ª, b), párrafo 7.º de la Ley de 28 de junio 1940, declarando:*

- a) *Que la renta que debe consignarse es la contractual.*
- b) *Que no se impondrá de oficio la expresada sanción de desistimiento, si no es previa denuncia de la falta por la parte que debe percibir la renta.*
- c) *Que la consignación ha de ser puntual e íntegra.* [Sentencia 18 febrero 1953, Sala 5.ª]

118. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: OBLIGACIONES SOLIDARIAS: *La solidaridad de los arrendatarios en el pago de la renta global, superior a 40 quintales métricos excluye el carácter privilegiado.* [Sentencia 27 febrero 1952, Sala 5.ª]

119. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: APARCERÍA: DERECHO DE OPCIÓN EN LITIS PENDENCIA. IMPROCEDENCIA DEL DESAHUCIO: *En caso de desacuerdo entre el propietario y el cultivador, manifestando con los requisitos de tiempo y de tema adecuados, surge un estado provisional que la autoridad competente, al objeto requerida, ha de cualificar y definir y, por ello, durante aquél, el derecho del propietario a desahuciar se condiciona con el del posible arrendatario a retener.* [Sentencia 16 enero 1953, Sala 5.ª]

120. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: APARCERÍA: DERECHO DE OPCIÓN: *Uno de los requisitos jurisprudenciales de rigor para que prospere el derecho que al aparcerero otorga el artículo 7.º de la Ley de 1940, es sin duda, ejercitarlo en forma, mientras esté vigente la aparcería.* [Sentencia 5 febrero 1953, Sala 5.ª]

121. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DERECHO DE OPCIÓN DEL APARCERO: OPORTUNIDAD PARA SU PLANTEAMIENTO: 1.º *El momento oportuno es durante la vigencia del contrato de aparcería.*

2.º *Transcurrido el plazo de vigencia pactado o legal se carece de derecho para imponer una nueva continuación.*

3.º *Las aparcerías no están sometidas al plazo de duración de los arrendamientos.*

4.º *El aparcerero no puede gozar de mayores beneficios que el arrendatario en cuanto a la prórroga.* [Sentencia 18 febrero 1953, Sala 5.ª]

122. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: SUBARRIENDO: PACTO EN CONTRARIO: *El subarriendo o aparcería por el arrendatario es causa de desahucio, aunque el arrendador hubiera pactado lo contrario* [Sentencia 9 diciembre 1952, Sala 5.ª]

123. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: COPROPIEDAD: *El subarriendo por el arrendatario copropietario es causa de desahucio.* [Sentencia 28 noviembre 1952, Sala 5.ª]

124. SUBARRIENDO: CONCEPTO: DIFERENCIA CON EL ARRENDAMIENTO: SUBARRIENDO DE TEMPORADA: *Conviene al subarriendo el concepto que el ar-*

ticulo 1.543 del Código civil da para el arrendamiento de cosas, del que no se diferencia sustancialmente, sino sólo porque en él es el arrendatario quien se obliga a la cesión (onerosa) del uso o goce de la cosa que lleva en arrendamiento, adquiriendo en su virtud el carácter de subarrendador. Y siendo evidente la existencia del subarriendo, la corta duración del mismo (temporada comprendida entre el 15 de julio y el 30 de septiembre), no puede influir en la calificación. [Sentencia 12 noviembre 1954.]

125. SUBARRIENDO; DEPENDENCIA CON EL ARRENDAMIENTO; DIFERENCIA CON LA CESIÓN: *El subarriendo es por su naturaleza un contrato que se halla subordinado en su duración al de arrendamiento, sin que pueda tener, dados sus elementos personales, vida propia e independiente de éste, pues en otro caso se originaría la cesión, distinta del subarriendo, el cual requiere la coexistencia de ambos contratos.*

SUBARRIENDO URBANO; ARTÍCULO 19 DEL DECRETO DE 29 DE DICIEMBRE DE 1931: *Si bien el artículo 19 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 atribuye al subarrendatario la condición de inquilino a los efectos del Decreto en ciertos casos, se refiere a los vínculos que le ligan con el subarrendador, pero no respecto del propietario, que aun autorizándolo, no es contratante, ni viene obligado a respetar el subarriendo indefinidamente, no obstante haber expirado el contrato de arrendamiento en que se origina.*

PREARIO; LEGISLACIÓN APLICABLE: *La legislación especial no tiene aplicación cuando se trata de un precario.*

SUBARRIENDO URBANO; RENUNCIA DE DERECHOS EN PERJUICIO DEL SUBARRENDATARIO; ARTÍCULO 4.º DEL C. C.: *El artículo 4.º del C. c. no se refiere a la utilidad o conveniencia del particular que puede resultar perjudicado por un acto lícito que otro realiza, y así la resolución del contrato de arrendamiento por el arrendatario no es un acto ilícito ni se opone a la Ley, y menos cuando está tan justificado como por obedecer a ocupar un edificio de su propiedad, sin que la disposición transitoria 7.ª de L. A. U. obligue al arrendatario a mantener el contrato de arrendamiento para que subsista el de subarriendo. [Sentencia 19 enero 1955.]*

126. ARRENDAMIENTOS URBANOS; SUBARRIENDO; CARÁCTER DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª L. A. U.: *Tiene carácter de excepción al principio general que exige para la validez del subarriendo el consentimiento del arrendador, debe ser interpretada estrictamente y, por ello, cuando se invoque debe acreditarse la efectiva existencia del subarriendo con todos sus requisitos.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS; SUBARRIENDO; PRUEBA: *La doctrina, según la cual no es necesaria una prueba absoluta de la existencia del subarriendo, cuando sea el arrendador quien la alegue, tiene su fundamento en el hecho de que no habiendo intervenido en el acto y hallándose las partes de él interesadas en su ocultación, de exigirse otra cosa se haría ineficaz su derecho a la resolución y por ello no es aplicable a los casos en que la ale-*

que el arrendatario o el subarrendatario, a quienes no puede favorecer, por que pueden demostrar su existencia con todos sus requisitos.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: ASENTIMIENTO TÁCITO DEL ARRENDADOR: *No puede admitirse cuando no se ha demostrado totalmente la existencia del subarriendo.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: RELACIÓN DE TRABAJO: *La ocupación del local arrendado por persona extraña al contrato de arrendamiento, en virtud de una relación laboral de dependencia entre el ocupante y el arrendatario no es causa de resolución del contrato. [Sentencia 14 diciembre 1954.]*

127. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: AUMENTO DE RENTA:** *Para que el arrendador pueda exigir del inquilino o arrendatario el sobreprecio equivalente al 50 por 100 más del importe de la renta a que se refiere la Disposición transitoria 2.ª de la L. A. U., es preciso que se haya notificado la pretensión al arrendatario en la forma establecida en el artículo 129 aplicable a cualquier supuesto de elevación de renta.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: AUMENTO DE RENTA: NOTIFICACIÓN INSUFICIENTE: *Lo es la realizada por medio de carta certificada sin intervención notarial, dirigida a domicilio distinto del local litigioso, y recibida por una persona por orden del destinatario, sin que conste quién fuese, si estaba autorizada para ello y si entregó la carta.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: PRESUNCIÓN INSUFICIENTE: *No basta para inferir la existencia de una sociedad entre dos personas el hecho de que una de ellas sea fiadora de la otra y de que entre ambas exista cierta relación de parentesco. [Sentencia 23 diciembre 1954.]*

128. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª DE L. A. U.:** *No se infringe cuando se da como probado que el demandado, como subarrendatario, no adquirió tal carácter hasta 1950. [Sentencia 22 diciembre 1954.]*

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CONVERSIÓN DEL SUBARRIENDO EN ARRENDAMIENTO: RECONVENCIÓN: *Dentro del procedimiento que regula la Disposición adicional 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940, se puede reconvenir pidiendo la extinción del subarriendo cuando ha desaparecido el derecho de los arrendatarios de los que los subarrendatarios traían causa. Para que el conocimiento, que los apoderados del arrendador tengan del subarriendo, sea eficaz a fin de convertirlo en arrendamiento, es necesario que de las facultades a aquéllos otorgadas se infiera que dicho conocimiento por los mandatarios pueda operar el indicado fin, aunque por el mandante sea ignorada la circunstancia del subarriendo. [Sentencia 9 mayo 1952, Sala 5.ª]*

130. **ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: INEXISTENCIA DE CONTRATO:** *No existiendo contrato alguno entre actores y demandado que tuviera por objeto*

los trabajos que se expresan, procede absolver al demandado de la acción contra él dirigida en reclamación de los honorarios correspondientes a tales trabajos. [Sentencia 9 julio 1954.]

OBSERVACIONES: La doctrina de esta sentencia es de gran trascendencia para los arquitectos y en general para cuantos profesionales (médicos, abogados, ingenieros) perciben honorarios como retribución de sus trabajos.

Deben cuidarse estos profesionales de formular con claridad los contratos que les vinculen con sus clientes, pues, en otro caso, ninguna eficacia tendrá el que, por su parte, cumplan escrupulosamente las normas corporativas relativas al cobro de honorarios. (Cfr. en general, Sánchez Fontán, José: «El contrato de construcción», 1953.)

Processalmente es de notar la posición especial que en este pleito adopta el Colegio de Arquitectos de M.; parte en el contrato son los arquitectos, que en el proceso están representados por una persona jurídica, Colegio de Arquitectos (art. 8 del reglamento del Colegio de Madrid para el cobro de honorarios), que a su vez debe estar representado por una persona física (artículo 2.º párrafo tercero L. E. C.); además, el Colegio está interesado indirectamente en el pleito por percibir el 2 por 100 de los honorarios. ¿Podrá emitir informes periciales?, creemos que no. (G. G. C.)

131. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: PROFESIONES LIBERALES: PRECIO CIERTO: DETERMINACIÓN POR LOS TRIBUNALES: *Si no medió señalamiento de precio cierto para las consultas jurídico-financieras hechas al actor, ello implicaba acomodamiento a las circunstancias del caso; señaladamente en reclamaciones procedentes del ejercicio de profesiones liberales, tiene reconocido la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que no es necesario fijar el precio previamente al contraer la obligación, y que los Tribunales gozan de facultades para determinarlo como cuestión de hecho. [Sentencia 24 noviembre 1954.]*

132. ARRENDAMIENTO DE OBRA: DETERMINACIÓN DEL PRECIO: *Los términos del artículo 1.544 C. c. no exigen que el precio haya de ser determinado de manera exacta en el momento de la celebración del contrato.*

PRECIO CIERTO: *Hay precio cierto, aunque no se pacte en el contrato, siempre que la remuneración sea procedente por costumbre o uso, o sea conforme a la equidad. [Sentencia 22 diciembre 1954.]*

El T. S. razona así: «Es claro que los términos en que está redactado el artículo 1.544 del C. c., al decir con definición harto amplia, que en el arrendamiento de obras y servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto, no autoriza a suponer que éste haya de ser determinado de manera exacta en el asunto en que el contrato se celebre, puesto que pueden existir circunstancias que, concurriendo en su ejecución, influyen en la valoración mayor o menor de la obra, como en este caso ha ocurrido; y por ello, la Jurisprudencia ha declarado reiteradamente en sentencias, entre otras, de 18 de octubre de 1899, 5 de diciembre de 1925 y 14 de mayo de 1929, que hay precio cierto, aun cuando no se pacte en el contrato, siempre que la remuneración sea procedente por costumbre o uso, o sea, conforme a la equidad, según dicen

las sentencias de 27 de diciembre de 1915 y 15 de diciembre de 1917, de donde se deduce que el no concretar el precio al realizar el contrato, omisión imputable a ambos contratantes—si pudo hacerse—, no puede producir su nulidad, con perjuicio de ellos y enriquecimiento injusto del otro, por lo que se ha de rechazar este motivo.» (Considerando 1.º)

133. CONTRATO DE OBRA: CONDICIÓN ILÍCITA: MORA EN EL PAGO: *La cláusula existente en un contrato de obra, de que el importe de la misma siguiese al presupuesto dado a una obra anterior «pero revisados sus precios con los aumentos habidos, de acuerdo con el arquitecto director y con el aparejador», no constituye una condición ilícita, y una vez realizada la obra y aceptada provisionalmente sin reparos por el dueño, no impide a los constructores reclamar su importe, ya que incumbía al propietario solicitar su revisión, no pudiendo apoyar la demora en el pago en su propia negligencia.* [Sentencia 22 mayo 1954.]

134. MANDATO: RELACIONES DEL MANDATARIO CON TERCEROS: DEBER DE DILIGENCIA: INTERESES EN CASO DE MOROSIDAD: (Véase I, 16 Sentencia 23 diciembre 1954.)

135. CONCEPTO: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: APARCERÍA: *Constituyen características fundamentales de la aparcería la cesión temporal de una finca rústica o de alguno de sus aprovechamientos por su titular, con pacto expreso de repartirse sus productos por partes alicuotas.*

La distribución por partes alicuotas de los productos de la finca debe considerarse como un requisito esencial para que el convenio de disfrute sobre fincas rústicas pueda ser calificado de aparcería. [Sentencia 18 diciembre 1953, Sala 5.ª]

136. TRANSACCIÓN: CAUSA DEL CONTRATO: *No basta, para que una transacción tenga causa, una incertidumbre puramente subjetiva, capaz de provocar discusión e incluso pleito, siendo su fundamento falso, sino que es preciso que las opuestas pretensiones de las partes estén racionalmente fundadas en el orden legal y tengan por base hechos ciertos que por su trascendencia puedan influir en los derechos que asistan a los contratantes.*

NEGOCIO JURÍDICO: VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: *La existencia de error en el consentimiento o de dolo es una cuestión de hecho que en casación sólo puede ser combatida a través del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Es preciso que lo que en él conste esté en abierta y clara contradicción con el hecho que se tiene por cierto en la demanda.* [Sentencia 26 octubre 1954.]

137. TRANSACCIÓN: EJECUCIÓN: *No se sustituye la sentencia ejecutoria por una transacción, cuando aquélla declara la eficacia de ésta, pues, al ejecutar la sentencia han de tenerse necesariamente en cuenta los pactos consignados en la transacción.* [Sentencia 26 noviembre 1954.]

138. NEGOCIOS SOBRE EL PATRIMONIO DE OTRO: SITUACIÓN DE LÓS ACTOS DE LOS GESTORES SIN MANDATO BAJO LA DOMINACIÓN MARXISTA: ACEPTACIÓN: *Al ser aceptada y continuada la gestión de un Comité marxista, queda sanada la intrusión y se asumen todas las obligaciones y responsabilidades que de aquella actuación se deriven.* [Sentencia 1 diciembre 1954.]

ANTECEDENTES.—En virtud de convenio acordado en 1935 entre la Sociedad X de Zaragoza y la Sociedad Y de Valencia, designó la primera a la segunda como su representante exclusivo en Valencia, autorizándola para realizar la venta del azufre de su propiedad, mediante el precio por tonelada que había de fijarse de común acuerdo para cada campaña anual, con la comisión que también se pactó, habiendo de tomar la mercancía que hubiera de venderse del depósito que X había constituido en Valencia en los almacenes de la demandada y encomendado personalmente a don J. como prenda que garantizaba un préstamo obtenido por X del Banco de Valencia, por lo cual, para conservar la garantía, se convino que el importe de las ventas de azufre que la entidad representante efectuase, se ingresaría en la cuenta corriente de la Sociedad representada y precisamente en el Banco de Valencia.

El contrato fué cumplido normalmente hasta que, al iniciarse el Movimiento Nacional, se produjo la interrupción de la relación económica entre ambas entidades contratantes por la incomunicación de las zonas nacional y marxista en que, respectivamente, se hallaban establecidas aquéllas, quedando en los almacenes de la demandada cierta cantidad de azufre y pereciendo asesinado el depositario, don J. Durante este período, un Comité marxista se incautó de la Sociedad Y, continuando los negocios de ella, vendiendo el azufre aludido al precio que por su sola iniciativa fijó, e ingresando en la cuenta de X en el Banco de Valencia determinadas cantidades.

Terminada la guerra, la Sociedad Y aceptó la continuidad económica con incorporación a su propio archivo del montante de los negocios que realizó hasta la liberación de Valencia el Comité Obrero de incautación de dicha Empresa y aceptó igualmente todas las operaciones de venta realizadas por el Comité con el tantas veces mencionado azufre.

X reclamó, una vez terminada la guerra, a Y que se le rindieran cuentas respecto del azufre de su propiedad, que en 18 de julio de 1936 tenía en sus almacenes, y, al no estimarlas satisfactorias, formuló la demanda origen del pleito, que fué resuelto condenando a Y a devolver a la actora el azufre o su actual importe.

El recurso se funda en los siguientes motivos:

1.º Violación de los artículos 1.089, 1.758, 1.887, 1.889 y 1.893 del C. c. y 306 y 309 del C. de c. La obligación de soportar la responsabilidad por los actos de un tercero sólo puede nacer de las causas del artículo 1.089. No hay incumplimiento de depósito porque el recurrente no era depositario. Sólo la normas de la gestión de negocios parecen aplicables, pero no lo son.

2.º Violación de los artículos 1.697 y 1.698 del C. c., 151 y 156 del C. de comercio, pues sólo los socios pueden representar y obligar a la Sociedad.

3.º Interpretación errónea del artículo 1.105 del C. c.: Fuerza mayor y caso fortuito.

4.º Interpretación errónea de los artículos 244 y 265 del C. c.

5.º Aplicación indebida del artículo 306 del C. de c. y de los 1.766, 1.156 y 1.182 del C. c.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso.

«... al ser aceptada y continuada por Y la actuación de dicho Comité quedó sanada la intrusión y es como si dicha Sociedad hubiese efectuado

tales enajenaciones, asumiendo las obligaciones respecto de dichas ventas que derivan del contrato de 1935, por lo cual no hay violación del artículo 1.089 del C. c., ya que queda determinado el origen de la obligación exigida, ni de los demás preceptos mencionados inoperantes en este caso. (Considerando 3.º)

Si bien el Comité Obrero asumió en forma ilegítima las facultades de dirección y administración de la Empresa, recuperada ésta y asumida la dirección y la administración de la Sociedad por sus órganos legítimos, éstos aceptaron lo hecho por el Comité durante su gestión y vincularon indudablemente a la Sociedad, por lo que se desestima el motivo segundo; y el tercero, porque aunque la incautación fué un acto de fuerza cuyas consecuencias no hubiesen alcanzado a Y. ésta las aceptó. (Considerando 4.º)

Tampoco son estimables los motivos cuarto y quinto que plantean el tema de la pérdida de la cosa debida sin culpa del deudor como causa de extinción de las obligaciones, porque no puede considerarse que la cosa se perdiera, sino que se efectuó su venta y se ingresó su importe en la cuenta corriente de la actora, y no cabe discutir si la expresada enajenación se efectuó por quien no podía hacerlo, por las razones tantas veces repetidas. (Considerando 5.º)

OBSERVACIONES: La sentencia parece correcta en sus argumentos y en la solución que al problema da. Sin embargo, deja sin tratar dos temas interesantísimos que el asunto plantea. A saber: naturaleza jurídica de la actuación del Comité y naturaleza jurídica del acto de aceptación. Obsérvese que esta aceptación, argumento empleado a través de todos los considerandos, es lo que destruye el recurso, pero sin mencionarse qué es. Se dice (considerando tercero) que no hay violación del artículo 1.089, lo que parece innegable, pero la aceptación y la actuación del Comité no son un contrato, ni un cuasicontrato—el mismo considerando declara inoperantes los preceptos de los artículos 1.887, 1.889 y 1.893, referentes a la gestión de negocios—y mucho menos, como es natural, obligaciones «ex lege» o procedentes de actos ilícitos del obligado. Con ello el problema queda sin resolver. Sólo hay dos figuras en que estos hechos pueden encajar: la de la gestión de negocios y la del artículo 1.259 del C. c.—contratos a nombre de otro sin su autorización—. En ambos casos la aceptación del «dominus» se denomina ratificación (artículos 1.259 y 1.892 del C. c.), porque en el fondo ambos supuestos son similares. De otra parte, la propia sentencia reconoce (considerando 4.º) que la actividad del Comité es una gestión. Núñez Lagos («Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista», en «Cuestiones del Derecho Privado de nuestra postguerra», Barcelona, 1942, Colegio Notarial de Barcelona, página 163 y ss.), recoge la distinción de Sagesse entre «negotiorum susceptio», que es cualquier ingerencia en un negocio ajeno, al margen de toda consideración de «utiliter coeptum» y «negotiorum gestio» cuando existe este último. ¿Cabe pensar que nos hallamos en presencia de una «negotiorum susceptio»? Y sobre todo, ¿es que ambas, como la figura del artículo 1.259, no son sino derivaciones de una figura más amplia como los llamados negocios sobre el patrimonio de otro? El tema no puede dejarse más que apuntado. (Sobre el particular puede verse también, Ladaria Caldentey, «Legitimación y apariencia jurídica», Barcelona, 1952, Bosch, pág. 77 y siguientes, y Ennecerus, «Derecho de Obligaciones», vol. 2.º, págs. 365 y siguientes.) (L. D. P.)

139. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS Y PERJUICIOS. (Véase Sentencia 27 diciembre 1954. D. m., 4.)

IV. Derecho de Familia.

1. LIGAMEN CANÓNICO: ALIMENTOS DE LA NUEVAMENTE CASADA: VALOR DEL ACTA MATRIMONIAL: *Limitado el objeto del juicio a la concesión de los alimentos, si procede, y determinación de su cuantía, no hay posibilidad procesal de resolver en este trámite el problema, que debe quedar a la decisión del pleito principal, de si una mujer católica, casada canónicamente, puede ser cónyuge legítimo de otro marido posterior, sin que la Iglesia Católica haya disuelto el primer matrimonio; y por ello ha de surtir eficacia, por ahora, el acta matrimonial presentada, que reúne todas las características externas de legalidad.* [Sentencia 20 octubre 1954.]

2. MATRIMONIO CANÓNICO: NULIDAD DE SENTENCIAS DE SEPARACIÓN DE PERSONAS Y BIENES, Y DE DIVORCIO: LEY 23 SEPTIEMBRE 1939: *La disposición transitoria primera de la ley de 23 septiembre 1939, en relación con el artículo 1.º del Decreto de 1 enero 1942, disponen, no sólo la nulidad de las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales civiles durante la vigencia de la Ley de Divorcio de 1932, sino también la de aquellas sentencias de separación de personas y bienes que por cualquier causa se convirtieron en divorcio vincular.* [Sentencia 1 diciembre 1954.]

OBSERVACIONES: Nos parece correcta la interpretación del Tribunal Supremo, pues si el efecto menor queda refundido en el mayor, al anularse la sentencia de divorcio vincular dictada por los Tribunales civiles no hay razón jurídica alguna para que revivan los efectos de la sentencia de separación, máxime si fué dictada por un Tribunal manifiestamente incompetente.

Las disposiciones dictadas en la sentencia extractada sólo dejan en vigor: las sentencias de divorcio vincular de matrimonios exclusivamente civiles, y las de separación de personas y bienes—tanto de matrimonios civiles como canónicos—que no se convirtieron en sentencias de divorcio vincular, todas ellas dictadas durante la vigencia de la ley republicana. Romero Vileitez aduce como razón de ello la de evitar nuevas perturbaciones en hogares ya perturbados. («Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español». RDP., 1941: págs. 195 y siguientes.) (G. G. C.)

3. SEPARACIÓN EN VIRTUD DE LA LEY DE DIVORCIO: *Ejercitadas conjuntamente las dos acciones de separación de personas y bienes y de divorcio, que con carácter definitivo disponía el artículo 66 de la Ley del Divorcio, y no la separación que con carácter provisional regula el artículo 65 de la misma ley, y acordada que fué ella por el Juzgado en providencia de 7 de marzo de 1938, esa situación de separación legal definitiva es la que existe entre los cónyuges y creó una situación firme que subsistió inalterable hasta el fallecimiento del marido, y eso aunque en cumplimiento del Decreto de 2 marzo 1938 se dictase nueva providencia suspendiendo el procedimiento; y aunque al derogarse la Ley del Divorcio por la de 23*

septiembre 1939, no pudiese ninguno de los cónyuges, al amparo de la disposición transitoria segunda, la disolución del matrimonio civil que habían contratado. [Sentencia 31 mayo 1954.]

4. CUSTODIA DE LOS HIJOS DEL MATRIMONIO EN CASO DE SEPARACIÓN: La resolución del Juez, con arreglo al artículo 1.887 de la Ley de Enjuiciamiento civil en la que se ordena que queden en poder de la madre los hijos que no hubiesen cumplido tres años tiene carácter transitorio, y el hecho de que esa resolución no sea impugnada en dicho procedimiento por cualquiera de los cónyuges no puede estimarse como una tácita y definitiva conformidad con la forma en que en esa diligencia se haya constituido el depósito, siendo en el juicio declarativo correspondiente en dónde se decidirá en definitiva. [Sentencia 13 diciembre 1954.]

5. BIENES GANANCIALES: Derribada durante el matrimonio totalmente la edificación que pertenecía como parafernial a la mujer, y construido sobre el solar de su propiedad un nuevo edificio, el dominio de la nueva finca se determinará con arreglo al artículo 1.404 del Código civil, y tendrá, por tanto, carácter ganancial.

SERVIDUMBRE ESTABLECIDA POR EL PATER-FAMILIAS: El marido puede establecer servidumbre de luces y vistas sobre finca propia en beneficio de otra ganancial contigua a la primera. [Sentencia 18 diciembre 1954.]

OBSERVACIONES: Frente a la tesis del recurrente que mantenía la interpretación restrictiva de la presunción del artículo 1.404, segundo, por entender que al construirse la nueva edificación sobre el solar en el que se había derribado la casa perteneciente a la mujer, habría que considerar la finca como parafernial, el Tribunal Supremo mantiene la doctrina de dicho artículo, en concordancia con la presunción establecida en el artículo 1.407.

En cuanto a la segunda cuestión, es de observar que el artículo 541 exige para que tenga lugar la servidumbre entre otros requisitos, que la existencia del signo aparente, sea establecida por el propietario de ambas fincas, y al declarar el Tribunal Supremo que el marido puede gravar finca de su propiedad en beneficio de otra, perteneciente a la sociedad de gananciales, parece que en este caso se podría considerar la existencia de una donación entre cónyuges prohibida por el artículo 1.334 (A. I.)

6. LITIS EXPENSAS: Las sumas que se fijen han de serlo con referencia y adecuación de los pleitos e incidentes que los cónyuges sostengan y esté sometida a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales, quienes deberán apreciar la naturaleza, necesidad y extensión del gasto para autorizarlo y graduarlo.

La existencia de algunos bienes en la mujer no la excluye de obtener litis expensas, cuando sean aquéllos insuficientes.

OBSERVACIONES: Dado que la mujer se encuentra con la capacidad limitada para poder defenderse en juicio, es lógico su derecho para solicitar y obtener de su marido lo necesario para poder litigar contra él. No hay ningún precepto en el Código civil que establezca esta obligación por parte del marido, pero la jurisprudencia la ha elaborado sobre la base del artícu-

lo 1.408, siguiendo los precedentes que ya había establecido antes de la publicación de dicho Cuerpo legal. Y así la Sentencia de 10 de enero de 1925 declaró que el derecho de la mujer para solicitar y obtener de su marido lo necesario para poder litigar contra él se basa en el Derecho natural al encontrarse la mujer con la capacidad limitada para poder defenderse en juicio, precepto de Derecho natural que aceptan las legislaciones positivas para igualar en lo posible los derechos entre personas de distinto sexo sin romper la unidad familiar.

El fundamento de esta doctrina es sencillo, ya que al establecer el artículo 1.408 que son de cargo de la sociedad de gananciales las deudas y obligaciones que contraiga la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar a dicha sociedad, se deduce como puso de manifiesto la Sentencia de 15 de diciembre de 1944 que la obligación del marido de satisfacer «litis expensae» a su mujer cuando con él litigue y carezca de bienes propios para atender a los gastos del litigio, tiene su base natural en la especialidad del vínculo e íntima comunidad de vidas que el matrimonio establece entre los cónyuges, cualquiera que sea el régimen que presida sus relaciones económicas. Y la Sentencia de 14 de octubre de 1905 ya afirmó que las costas y gastos originados en los pleitos sostenidos por la mujer con el marido no se hallan comprendidos en las multas y condenas pecuniarias a que se refiere el artículo 1.410, sino entre las obligaciones contraídas por la mujer que afectan a la sociedad legal.

Esta última Sentencia pone también de manifiesto que aun cuando la mujer sea rica, si todos sus bienes se hallan en poder del marido, de ningún modo puede éste eludir el deber que la Ley le impone.

Esta doctrina es de aplicación, aun en las provincias en las que por regir el Derecho foral, cual sucede en Cataluña, no existe la sociedad de gananciales, porque el destino que en la sociedad conyugal tienen los productos de los bienes de la misma se apoya en igual fundamento, y por obligación, por la razón de que, aun sin ser gananciales, con tales productos ha de acudirse a las atenciones matrimoniales. Así en la Sentencia de 29 de abril de 1926.

CONCORDANCIAS: Sentencias de 12 de junio de 1933, 25 de junio de 1946, 3 de julio de 1946, 8 de marzo de 1949 y 22 de octubre de 1951.

7. **LITIS EXPENSAS:** *El artículo 1.408 del Código civil es de aplicación en todas las regiones españolas, y a su tenor el marido debe litis expensas a su mujer si ésta no puede atender estos gastos por carecer de bienes propios.* [Sentencia 15 febrero 1955.] (Véase Sentencia 4 enero 1955, IV, 6.)

8. **RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: ESCRITO INDUBITADO:** *Son escritos indubitados a efectos del número 1 del artículo 135 C. c., varias cartas del imputado padre natural en las que expresa y reiteradamente reconoce su paternidad y manifiesta su preocupación de que pueda morir en campaña sin poder reconocer a sus hijos, llegando a decir a la madre natural en una de ellas, que guarde sus cartas, «que te valen para reconocer hijos», sin que obste el hecho de que posteriormente estuviera en el pueblo muy pocos días el presunto padre natural sin verificar el reconocimiento.*

RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: DERECHOS DEL HIJO NATURAL RECONOCIDO: *Tiene derecho a llevar el apellido del que le reconoce y a percibir en su caso la porción hereditaria que se determina en el C. c.* [Sentencia 2 marzo 1955.]

9. RECONOCIMIENTO FORZOSO DE LA FILIACIÓN ILEGÍTIMA: ARTÍCULO 135 DEL CÓDIGO CIVIL: *Por interpretarse el artículo 135 con carácter restrictivo, no cabe admitir en la materia las presunciones, conforme a reiterada jurisprudencia. [Sentencia 28 octubre 1954.]*

10. ALIMENTOS DEFINITIVOS: CUANTÍA: *Es facultad del Tribunal a quo apreciar cuál sea la posición económica y social del obligado a prestarlos y las necesidades del alimentista; apreciación que sólo puede impugnarse al amparo del número 7.º del artículo 1.692 LEC.*

ALIMENTOS DEFINITIVOS: EJERCICIO DE OFICIO O PROFESIÓN POR EL ALIMENTISTA: *Es doctrina reiterada que no desaparece la obligación alimenticia, siendo el obligado alguna de las personas comprendidas en cualquiera de los cuatro primeros números del artículo 143 C. c., por el sólo hecho de que el alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si, por las condiciones de estrechez en que se ve obligado a vivir éste y la posición social de aquélla, estima el Tribunal que las necesidades del alimentista pueden y deben ser más desahogadamente satisfechas. [Sentencia 24 febrero 1955.]*

11. TUTELA: REMOCIÓN DEL TUTOR: REQUISITOS FORMALES: *Al exigir el artículo 239 C. c. que para poder acordarse la remoción del tutor sea éste oído y citado, es indispensable darle conocimiento del objeto de la reunión para que pueda aportar elementos de juicio y llevar medios para su defensa, y no puede darse por cumplido tal requisito si la causa de la incomparecencia está suficientemente acreditada por certificación facultativa.*

TUTELA: FACULTADES DEL CONSEJO DE FAMILIA: *Es aplicable el párrafo segundo del artículo 243 del C. c., y no el primero cuando con anterioridad al acuerdo de remoción el tutor se había posesionado legalmente de su cargo. [Sentencia 5 febrero 1955.]*

V. Derecho de sucesiones.

1. INCAPACIDAD PARA SUCCEDER: *El precepto del artículo 752 del Código civil es de interpretación restrictiva, por lo que ha de estimarse válida la cláusula del testamento en la que se instituye heredero fideicomisario al Asilo de las Hermanitas de los Pobres en donde prestaba su ministerio el confesor del testador, ya que: 1) El testamento, si bien se otorgó por el testador durante su última enfermedad, fué anterior a la confesión realizada. 2) La función sacerdotal en el Asilo y las reacciones morales y económicas que con esa benéfica institución tiene, no pueden equipararse a las existentes entre un párroco y su iglesia.*

INSTITUCIÓN DE HEREDERO: *Es válida la cláusula testamentaria que dispone que la entrega de la herencia se haga por los albaceas procediendo a la enajenación de los bienes y dando su producto al Asilo como limosna*

para que se invierta en las atenciones y necesidades del establecimiento, ya que tal cláusula no afecta a la institución de heredero y constituye sólo una modalidad perfectamente lícita de entrega de la herencia.

SUSTITUCIÓN FIDECOMISARIA: *La obligación de conservar los bienes y transmitirlos a un tercero inherente a los fideicomisos no es preciso que de un modo expreso la imponga el testador, ya que para que el heredero fiduciario pueda disponer de los bienes se requiere que el testador le haya autorizado para ello.*

El heredero fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador —art. 784 del Código civil— y, en consecuencia, desde esa misma fecha es titular de la nuda-propiedad de los bienes dejados por éste, sin que en ningún momento hayan podido pertenecer a los herederos ab-intestato. [Sentencia 6 abril 1954.]

ANTECEDENTES.—Otorgado testamento abierto por X en 23 de junio de 1935, instituye heredera usufructuaria a su esposa, a cuya muerte pasarían los bienes al Asilo de las Hermanitas de los Pobres de la población Z, y si existiese imposibilidad legal de cumplir esto último, instituye heredero a su sobrino A. Fallecida la esposa, este último demanda pidiendo como principal sea decretada la nulidad de la cláusula del testamento en la que se instituye heredero a dicho Asilo, conforme al artículo 752 del Código civil, ya que el Capellán del mismo fué quien atendió espiritualmente al testador durante su larga enfermedad, quien se confesó con él dieciocho días después de otorgado el testamento, falleciendo pocos días más tarde. Y para el caso de que se estimara válida tal cláusula, que se considerase que sólo se refería al producto de los bienes enajenables, y que respecto del metálico y rendimiento de dichos bienes, por no haber dispuesto de ellos el testador se pongan a disposición de quienes resulten ser herederos ab-intestato del causante. El Juez de Primera Instancia estima en parte la demanda condenando a los albaceas a que entreguen los rendimientos y frutos producidos por los bienes desde el fallecimiento de la usufructuaria hasta el día en que se enajenen a quienes resulten ser los herederos legítimos, rechazando por otro lado la nulidad de la cláusula. Apelada por ambas partes la Audiencia desestima totalmente la demanda. E interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo no da lugar a él, en méritos de la doctrina que antecede.

CONSIDERANDO que el artículo 752 del Código civil es de interpretación restrictiva por contener una disposición que limita la libertad de testar en que se inspira nuestra legislación civil, teniendo este artículo su antecedente entre otras sentencias de esta Sala en la de 25 de octubre de 1928 en la Ley 15, título XX, libro X de la Novísima Recopilación, con la que se trata de evitar una posible sugestión o captación de voluntad dado el estado del testador, lo que lógicamente no puede realizarse cuando el testamento es anterior a la confesión; y como en el caso presente, según los hechos antes indicados que el Tribunal a quo tiene por ciertos, ninguno de los cuales ha sido impugnado en este recurso, el testador otorgó su última voluntad dieciocho días antes de confesarse con el expresado sacerdote, sin que cons-

te que con anterioridad fuera su director espiritual o le tratara, es manifiesto que no existe la menor prueba de que influyera de ningún modo en las disposiciones testamentarias del causante; sin que sean de aplicación para fundamentar la tesis del recurrente ninguna de las sentencias que a estos efectos cita, ni siquiera la de 29 de abril de 1873 en que se aplica la citada Ley 15, título XX, libro X de la Novísima Recopilación, por ser distintas las circunstancias que concurrieron en el caso que se discutía en el juicio en que se dictó de las que se dan en el presente, pues en aquél, en la cláusula octava del testamento que se impugnaba, el sacerdote que confesó y administró los últimos Sacramentos a la testadora pocas horas después de otorgarlo, era el nombrado heredero universal por dicha señora de todos los bienes, derechos y acciones que le correspondían, para que vendidos invirtiese su producto en los objetos que reservadamente le tenía encomendado, instrucciones dadas con anterioridad que revelan las relaciones y trato que antes de llevarse a efecto su postrera confesión mediaban entre ellos; no pudiendo tampoco estimarse que el vínculo que une al indicado Capellán con el Asilo, sea equivalente al que existe entre un Párroco y la iglesia que regenta, ni que por la misión que desempeña en el Asilo ha de obtener un lucro u otra clase de beneficios con la herencia de que se trata, pues el minucioso y razonado examen que en la sentencia recurrida se hace de la forma y condiciones en que ejerce su sagrado ministerio, sin formar parte de la Comunidad Religiosa de las Hermanitas de los Pobres que lo rigen, y asisten a los ancianos recogidos, ni de la laica que estos últimos constituyen, habiendo sido nombrado y pudiendo ser separado de su cargo por el Arzobispo de T., quien retribuye su función con los intereses de un capital constituido por la fundadora de esta Capellanía colativa y mutual que administra tan alta dignidad de la Iglesia, justifica cumplidamente que su función sacerdotal en el Asilo y las relaciones morales y económicas que con esa benéfica institución tiene, no pueden equipararse a las existentes entre un Párroco y su iglesia, como antes se ha dicho, o a las que unen a los que forman parte integrante de un cabildo, comunidad o instituto, procediendo por todo lo expuesto desestima este primer motivo del recurso. (Considerando 2.º).

OBSERVACIONES: 1. *Interpretación restrictiva que del artículo 752 del Código civil mantiene el Tribunal Supremo.* Este precepto establece que «no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del Sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuatro grado o de su Iglesia, Cabildo, Comunidad o Instituto». Esta incapacidad tiene sus antecedentes, en el Auto Acordado 3.º, título 10, libro 5.º de la Nueva Recopilación, que la estableció sólo en el supuesto de tratarse de legados. Carlos III en la Real Cédula de 18 de agosto de 1771 la extendió a toda España. Y la Real Cédula de 3 de febrero de 1787 la amplió a las herencias. Posteriormente, la Novísima Recopilación, Ley 15, título 20, libro 10 (citada en el considerando transcrito) la recoge si bien refiriéndola otra vez solamente a los legados. De nuevo la Real Cédula de 30 de mayo de 1830 la amplía a las herencias. Y por último, el Código civil establece la incapacidad en la forma antes indicada. En el caso que nos ocupa una doble distinción se realiza por nuestro más alto Tribunal:

A) Para que tenga lugar la incapacidad es preciso que la confesión preceda al testamento, pues si éste es anterior a aquélla sólo en el caso de que

quedara plenamente probado la existencia de relaciones entre el testador y su confesor tendria lugar la incapacidad. El fundamento de ello, como sostiene la misma sentencia, no es otro que el suponer toda incapacidad para suceder, una limitación al principio general de libertad de testar, los preceptos que sobre esta materia versen han de ser interpretados restrictivamente, y de ahí que la clausula del testamento deba estimarse válida, ya que al otorgarse el testamento dieciocho días antes que la confesión, no puede presumirse que existiera coacción por parte del Capellán. Es decir, que parece apuntarse en esta sentencia una doble distinción para la interpretación del artículo 752 del Código civil: si el testamento se otorgó después de verificada la confesión se presume que hubo presión por parte del Confesor; por el contrario, si el testamento se otorgó antes de la confesión hay presunción de que no hubo coacción por parte de aquél, salvo prueba en contrario. Como en el presente supuesto no se ha justificado esto último, el testamento debe reputarse válido.

Esta distinción entre los dos momentos —anterior y posterior a la confesión— no parece encajar dentro de los términos del artículo 752. En efecto, este artículo no distingue esos dos momentos y aparece redactado en forma bastante clara, mientras que el artículo siguiente, o sea, el 753, al recoger la incapacidad del tutor para suceder a su pupilo se establece la distinción entre la disposición testamentaria hecha por éste antes de aprobarse las cuentas de la tutela y la hecha con posterioridad, para establecer sólo en el primer caso la incapacidad. Parece lógico, por tanto, que si en dos preceptos contiguos, en uno se distingue por el legislador entre dos momentos —antes y después de aprobadas las cuentas de la tutela, artículo 753— y en el otro no se recoge ninguna distinción —antes y después de la confesión— no deba establecerse en este artículo 752 esa distinción.

B) *Distinción entre favorecimiento directo e indirecto.* — Igualmente sienta una diferenciación entre favorecimiento directo, que es el establecido a favor de la Iglesia, Cabildo, Comunidad e Instituto del confesor, y favorecimiento indirecto, que es aquél que se establece en favor de la Comunidad o Entidad en que presta sus servicios el sacerdote. Solamente los primeros originan la causa de incapacidad, pero no los segundos, ya que como declara el Considerando transcrito «las relaciones morales y económicas que el Capellán tiene con el Asilo no pueden equipararse a las existentes entre un párroco y su Iglesia».

2. En la última parte de la Sentencia se confirma el criterio mantenido por nuestra jurisprudencia conforme a lo preceptuado en el artículo 784 del Código civil, de adquirir el fideicomisario derecho a la sucesión desde la fecha de la muerte del testador en las sustituciones fideicomisarias a plazo. Tan sólo advertiremos que esto no tiene lugar, como ya se puso de relieve por las Sentencias de 9 de julio de 1910 y 9 de abril de 1928 en las sustituciones fideicomisarias condicionales.—Y que tampoco se aplica este criterio en Cataluña, en donde por vigencia del derecho romano, la fijación de un día en que muera una persona, para que entre a gozar de la herencia el instituido se considera, no un plazo suspensivo (como en el Código civil), sino una condición suspensiva, «dies incertus conditionem in testamento facit» (Digesto XXV-I, frag. 75); dies incertus appellatur conditio» (Digesto XXX-único, frag. 30, párr. 4.º). El Tribunal Supremo ha confirmado este criterio en la Sentencia de 13 de marzo de 1942. (A. I.) :

2. **DECLARACIÓN DE HEREDEROS: ACCIÓN DE NULIDAD:** *El actor de la nulidad de una declaración de herederos y operaciones posteriores no está sujeto a los requisitos específicos de la acción reivindicatoria.* [Sentencia 8 marzo 1954.]

3. **PETICIÓN DE HERENCIA: DECLARACIÓN PREMATURA DE HEREDEROS SAB INTETATOR:** *La circunstancia de que haya desaparecido el protocolo en que obraba la matriz no es suficiente por sí sola para obtener la declaración*

de herederos ab intestato con la consiguiente apertura de la sucesión intestada mientras no se agoten las medidas que para la reconstrucción del testamento establece el Decreto de 10 noviembre 1938. [Sentencia 12 febrero 1955.]

4. INSTITUCIÓN DE HEREDERO: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: (Véase Sentencia 6 abril 1954, V. 1.)

5. LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO VARÓN EN CATALUÑA: *La participación del cónyuge viudo en la sucesión intestada no se rige por los preceptos de los artículos 834 y siguientes del Código civil, sino por las disposiciones del régimen foral de Cataluña, contenidas en la Novela 117, capítulo V, inciso último, que prohíba al marido recibir la cuarta parte de los bienes de la mujer.*

SUCESIÓN AB-INTESTATO EN CATALUÑA: *La Ley de Mostrencos se limitó tan sólo a regular el orden de suceder intestado en Cataluña sin que derogase la legislación romana en cuanto al derecho que a los legitimarios corresponde.* [Sentencia 29 diciembre 1954.]

OBSERVACIONES: La Sentencia en cuestión distingue claramente entre la sucesión de los herederos forzosos y la de los herederos ab-intestato, para declarar en cuanto a la primera la subsistencia de las normas del derecho catalán, mientras que a la segunda le son aplicables las normas del Código civil.

De esta forma ha continuado el Tribunal Supremo la trayectoria mantenida, entre otras, en las Sentencias de 20 de marzo de 1893, 10 y 13 de junio de 1914, 19 de diciembre de 1942, 3 de abril de 1945 y 31 de enero de 1950, y tan sólo quebrada por la de 11 de julio de 1936, que declararon ser de aplicación el Código civil en sustitución de la Ley de Mostrencos que había derogado el régimen especial de cada legislación foral. Pero en materia de herederos forzosos, se respetan las particularidades de cada región, y de ahí que el cónyuge viudo varón en Cataluña no tenga derecho a la cuarta parte de los bienes de su mujer, pues si bien la Novela 53, capítulo VI, párrafos 1.º y 3.º regularon dicha institución como beneficio recíproco y mutuo entre los cónyuges; la citada Novela 117 lo restringió solamente para la mujer, sin que ninguna otra disposición del derecho catalán haya modificado esta materia.

6. EXTINCIÓN DEL ALBACEAZGO: *Terminado al albaceazgo, y sin perjuicio de las responsabilidades que al albacea procede exigir, no pueden prosperar las reclamaciones que contra él se dirijan para la ejecución de la voluntad del testador, ya que en tal situación es a lo herederos a quienes corresponde ejecutarla.* [Sentencia 22 junio 1954.]

7. CONVENIO PARTICIONAL: AUSENTE: *No constituye la retificación a que se refiere el artículo 1.259, párrafo 2.º C. c. el allanamiento hecho por la representación del ausente a la demanda en que se solicita la declaración de vigencia y eficacia del convenio particional.*

CONVENIO PARTICIONAL: FORMA: *Al tratarse de bienes inmuebles era obligado por imperativo legal su consignación en escritura pública.*

SOLIDARIDAD PROCESAL: *No incurre en incongruencia la Sala sentenciadora cuando absuelve a ambos demandados aunque la representación de*

uno se allanara a la demanda, pues la solidaridad procesal establecida por los demandantes al demandar conjuntamente (y no por un vínculo obligacional) exige ocuparse procesalmente de dicho demandado al que afectan las resoluciones que se adopten.

RENUNCIA DE DERECHOS HEREDITARIOS FUTUROS: CONDICIÓN PUESTA EN TESTAMENTO: *Aceptada la herencia de la madre, cuyo testamento imponía al heredero la obligación de renunciar los inmuebles procedentes del padre, tal obligación surte plenos efectos, aun contra lo dispuesto en el testamento del padre.* [Sentencia 6 mayo 1953.]

A. Los esposos D. X. X. y D.^a V. V. otorgaron testamentos el 19 de enero de 1915. En lo que respecta a los bienes inmuebles, el marido los distribuyó entre los hijos, D. Pedro y D. Antonio, y una hija, D.^a Francisca; la madre dejó los de su propiedad a una cuarta hija llamada D.^a María, aunque con usufructo vitalicio a favor de su esposo. En el testamento del padre se imponía a los tres herederos la obligación de renunciar a todos los inmuebles de la herencia materna y en el de la madre se imponía idéntica obligación a D.^a María respecto a los inmuebles de la paterna. D.^a V. V. falleció en febrero de 1915 y D. X. X. en febrero de 1944, pero habiendo otorgado nuevo testamento en febrero de 1943 por el que adjudicaba la legítima a sus cuatro hijos y en el remanente heredera universal a su hija doña María, ésta promueve juicio de testamentaria, que se suspende ante la demanda presentada por sus dos hermanos, D. Pedro y D.^a Francisca. Sustancialmente alegan: Que fallecida D.^a V. V. se aceptó su herencia por los interesados y poco después el viudo y sus hijos realizaron la partición de los dos caudales hereditarios. Que D. X. X. se reservó una pensión alimenticia con cargo a sus hijos D. Pedro y D.^a Francisca, la cual cobraba doña María con quien él se quedó a vivir. Que influyendo en su débil voluntad le hizo otorgar ese segundo testamento, pero que no dejando su padre bienes muebles ni semovientes y no teniendo ningún derecho en los inmuebles no podía promover el juicio de testamentaria. Sus pedimentos giraban esencialmente en torno al respecto hacia esa partición y la renuncia impuesta a D.^a María.

La demandada se opuso por estimar que no hubo aceptación de la herencia materna y que la entrega de los inmuebles por D. X. X. a sus hijos no fué partición, sino un contrato en virtud del cual entregaba las fincas para su explotación reservándose una renta.

No se aportó título escrito alguno de la partición, pero sí un contrato suscrito en 1939 por el que D. X. X. entregaba en explotación sus fincas a sus hijos con la obligación de pagar una renta anual D. Pedro y D.^a Francisca, cuyo incumplimiento permitió su repulsión sin indemnización alguna. Doña María se obliga a cuidarle, alimentarle y vestirle.

Don Antonio está ausente desde antes de falleces su madre y demandado juntamente con D.^a María, le representó su esposa, la cual se allanó a la demanda. El Juez de Primera Instancia estimando la demanda declaró la obligación de D.^a María de renunciar los inmuebles paternos con sobreseimiento del juicio de testamentaria. La A. T. revoca la anterior sentencia absolviendo a los demandados D.^a María y D. Antonio.

Los demandantes recurren en casación por infracción de ley por los siguientes motivos:

1.º Números 1.º y 7.º artículo 1.692 L. E. C. Incongruencia con infracción del artículo 359 L. E. C., 1.137 y 1.259 párrafo 2.º C. c.

2.º Mismos números del mismo artículo. Infracción de los artículos 1.056 y 1.271, párrafo 2.º C. c. en relación con otros presuntos del mismo Código y doctrina jurisprudencial y error de hecho y de derecho.

3.º números 1.º, 2.º y 7.º del artículo 1.692. Infracción artículo 4.º y otros del C. c. error de hecho en la apreciación de la prueba e incongruencia con infracción del artículo 359 L. E. C.

El Tribunal Supremo declara *haber lugar* al recurso con fundamento en la doctrina siguiente:

CONSIDERANDO que la inexistencia del convenio particional a que aluden los actores se revela, según el Juzgador, por dos hechos fundamentales: Uno la falta de concurrencia en su estipulación de todos los interesados en ella, pues no intervino en el mismo Don Antonio, hijo y heredero de don X. X., y otro, que por efectuarse únicamente sobre bienes inmuebles era obligado por imperativo legal su consignación en escritura pública; y si acaso pudiera entenderse, como se pretende en el recurso, que al allanarse a la demanda en que se solicitaba la declaración de vigencia y eficacia de tal convenio particional, D.ª Margarita, representante acreditada de su esposo demandado D. Antonio, prestaba en su nombre su aquiescencia a tal convenio subsanando de esta manera la incomparecencia de dicho heredero en el otorgamiento de aquél, lo que no es en modo alguno la ratificación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1.259 del Código civil, que suponen infringido los recurrentes, toda vez que en todas las alusiones que se hacen a tal convenio nadie afirma que se otorgara a nombre del ausente D. Antonio, por quien no tuviera su autorización o representación legal, que es el supuesto que dicho precepto contempla, y con el antes dicho allanamiento quedase desvirtuado el primer fundamento de la inexistencia del convenio particional tantas veces repetido, siempre quedaría el segundo que no puede ser subsanado y obliga a mantener aquella declaración del juzgador con sus inevitables consecuencias, quedando así rechazada una de las infracciones denunciadas en el primer motivo del recurso; no siendo tampoco de estimar la otra, que acusa una supuesta incongruencia, porque la solidaridad de los demandados D.ª María y D. Antonio, no nace ciertamente de un vínculo obligacional, ni tal circunstancia se ha alegado en parte alguna del pleito, pues ni la una ni el otro tuvieron intervención en el convenio particular en cuestión; la solidaridad de ambos interesados, a que se refiere la Sala de instancia es meramente procesal, establecida por los mismos actores hoy recurrentes al demandar conjuntamente a los dos hermanos, toda vez que a ambos habría de afectar las resoluciones que se adoptasen sobre el contenido de la demanda, y al provocar esta situación procesal por iniciativa de los actores, no es lícito a estos impugnar la calificación de solidaridad que hace la Sala sentenciadora al absolver a los dos demandados, incluso a D. Antonio, porque el allanamiento a la demanda, hecho a su nombre, precisa procesalmente ocuparse de dicho demandado, cuando la resolución es desestimatoria de aquélla,

procediendo en virtud de todo lo anteriormente expuesto rechazar el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO que al acaecer en el caso que ha dado origen al presente litigio el fallecimiento de D. X. X. bajo el testamento otorgado en 8 de febrero de 1943, su hija hoy recurrida D.^a María, designada en el mismo como heredera universal, salvas las porciones legitimarias de sus hermanos, tenía limitado su derecho al libre acceso a la herencia de su padre, cuya efectividad era el momento de realizar, por hallarse vinculada a una condición de renuncia a todos los bienes inmuebles de procedencia paterna presentes o futuros a que voluntariamente se había sometido al aceptar la herencia de su madre regida por el testamento de 19 de diciembre de 1915, en que tal renuncia se imponía de modo absoluto, y la existencia de esta aceptación, reconocida por el Juzgador de instancia y no negada por la Sala sentenciadora, se revela no solamente porque en ningún momento, ni en 1915 al comerzar a ejecutarse el testamento materno, ni en 1943 en que al fallecer el padre y extinguirse el usufructo vitalicio que disfrutaba se consintió en la demandada la propiedad de la finca «Son Bannasar» constituyente de la herencia materna, aparece en los autos que la dicha D.^a María hubiera repudiado en forma la aludida herencia, lo que hubiera resuelto la condición establecida, sino también porque hay en la prueba elementos que acreditan su aceptación, como son los testimonios no contradichos con eficacia que afirman el reparto de las ropas de la madre causante efectuado con su hermana y coheredera D.^a Francisca, según lo dispuesto en el testamento que se ponía en ejecución y la confesión de la propia D.^a María que reconoce que nunca le fué hecha reclamación alguna por sus hermanos respecto a la citada finca «Son Bannasar», que era el único inmueble que integraba la herencia materna sometida a condición, lo que prueba que ante sus hermanos, únicos interesados en la repudiación, aparecía como heredera de hecho de su madre y el respeto que se guardó por los dichos hermanos al testamento materno tan favorable a la demandada, y en el que estaban obligados, por su parte, a cederla todos los derechos y acciones sobre los bienes inmuebles, y puesto que esta vinculación impide a doña María la participación en la herencia paterna por propia imposibilidad al someterse voluntariamente al cumplimiento de la condición impuesta en el testamento de su madre, obró con error la Sala de instancia al declarar que el último testamento de D. X. X. tenía virtualidad respecto de los llamados a su herencia para anular las obligaciones impuestas en testamento otorgado por otra persona, y cuya ejecución ya se había efectuado, procediendo, por tanto, la estimación de este tercer motivo del recurso.

B. El Tribunal Supremo rechaza conforme a la doctrina que se extrajo en los dos primeros epígrafes, la existencia de la partición alegada por los demandantes, pero, admite en base al tercer motivo del recurso la vinculación de la demandada por un pacto renunciativo, deducido de la aceptación de la herencia materna y como condición de la misma, incluso frente al testamento posterior del padre. Esta renuncia, se acoge fundamentalmente en el artículo 4.^o, C. c. y al no vulnerable se estima válida. ¿Puede tener tal valor una renuncia que llegue incluso a imponerse al testamento

otorgado en sentido contrario? Roca Sastre (1) define el contrato sucesorio de renuncia como «aquel en que el legitimario o el presunto heredero intestado o legítimo, renuncia anticipadamente a un derecho sucesorio mediante contrato celebrado con el causante». Es como el mismo autor indica, «la renuncia contractual a un futuro derecho sucesorio». El derecho alemán lo admite (Erbverzicht) y exige la concurrencia del causante. Aquí difícilmente puede afirmarse la existencia de dicha concurrencia del causante, y éste, al no estar vinculado por ningún pacto o contrato sucesorio, pudo perfectamente otorgar el testamento en el sentido que lo hizo y revocando el anterior. Debe este testamento regir la herencia paterna absolutamente. Por otra parte creemos que el pacto renunciativo objeto de este litigio, infringe el artículo 991 del C. c. (aparte, claro está, del art. 658 y 1.271, párrafo 2.º).

DERECHO MERCANTIL

1. BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA; CARÁCTER: JURISDICCIÓN COMPETENTE EN SUS LITIGIOS: (Véase Sentencia 23 diciembre 1954, D. C., I, 16.)

2. PROPIEDAD INDUSTRIAL; MODELOS DE UTILIDAD; LEGITIMACIÓN ACTIVA: *La posee el cotitular de la primera inscripción para solicitar la nulidad de la inscripción posterior.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL; MODELOS DE UTILIDAD; FALTA DE NOVEDAD: *Existe cuando ambos modelos persiguen la misma finalidad y no existen entre ellos diferencias esenciales respecto a la materia que se ha de emplear ni a la forma que han de adoptar.*

DEMANDA; REQUISITOS DE FORMA: *No existe ningún precepto legal que imponga un determinado formalismo para la redacción de los escritos de demanda, en las que sólo son exigibles los requisitos del artículo 524. Ley Enjuiciamiento civil; debe tenerse en cuenta la esencia de la petición y no la fórmula empleada para deducirla; la forma usual de concretar en súplica las peticiones no es necesaria. [Sentencia 17 octubre 1954.]*

Se trataba de una demanda, en cuyo encabezamiento se contenían las palabras *insto la nulidad*, etc., pero que omitía en la súplica final la concreción de las pretensiones de la parte. Fundándose en que en ella no se le exigía declaración alguna, la Audiencia se abstuvo de fallar. El Tribunal Supremo casa el recurso.

3. PROPIEDAD INDUSTRIAL; MARCAS; NATURALEZA DEL DERECHO AL USO COMÚN: JURISDICCIÓN: *El derecho a defender la continuidad posesoria y el uso extrarregistral, como res nullius, de una denominación que, por ser común a los productores de una región, no pudo ser atribuida privadamente a uno solo, es un derecho de carácter civil y la jurisdicción competente para conocer la acción de nulidad de esta concesión es la ordinaria.*

(1) "Estudios de Derecho Privado". Tomo II, pág. 342.

PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: *La posesión del certificado de concesión de una marca industrial constituye una presunción juris tantum de propiedad y su dominio se consolida a los tres años de efectuado su registro y de su explotación no interrumpida o de su quieta posesión con buena fe y justo título.*

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: JUSTO TÍTULO: *No se produce la prescripción cuando el título de adquisición se halla afectado de nulidad radical conforme al artículo 4.º del C. c.*

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: SIGNIFICACIÓN: *No puede alegarse como excepción la prescripción adquisitiva, cuando la acción ejercitada es la de nulidad del título de adquisición y no la reivindicatoria.*

NULIDAD DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LA LEY: PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN: *No existe limitación temporal en cuanto al plazo de ejercicio de la acción de nulidad de los actos contrarios a la ley y éstos no pueden en modo alguno convalidarse por el transcurso del tiempo. [Sentencia 23 octubre 1954.]*

4. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MARCAS DE FÁBRICA Y NOMBRE COMERCIAL: CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL: *Es contradictoria la sentencia que después de reconocer la propiedad de una marca al demandante y, por ello, su derecho al uso y explotación exclusivos y ordenar al demandado abstenerse de usar esa denominación como nombre comercial, le absuelve del pedimento de cancelación de la inscripción del nombre en el Registro Mercantil.*

COMPETENCIA DESLEAL: DAÑOS Y PERJUICIOS: INDETERMINACIÓN: FIJACIÓN EN PERÍODO DE EJECUCIÓN: *El uso indebido de la marca de fábrica del actor como nombre comercial del demandado constituye un acto de competencia desleal y supone la existencia de unos daños y perjuicios que, aunque no aparezcan determinados cuantitativamente, cabe determinarlos en ejecución de sentencia, a fin de que los principios éticos y jurídicos surtan los debidos efectos, ya que se trata de culpa extracontractual [Sentencia 27 diciembre 1954.]*

5. LEGITIMACIÓN ADMINISTRADORES, SOCIEDAD ANÓNIMA: *Facultado el Gerente en los Estatutos para ejercitar acciones judiciales, puede ejercitar la de reintegro del artículo 156 C. de c., aun sin autorización de la Junta General, si dichos Estatutos no la exigen.*

RESPONSABILIDAD DEL GERENTE: INFRACCIÓN DE TASAS: *La responsabilidad por las infracciones de leyes que tienen lugar en una Sociedad Anónima, corresponde, según establece el C. de c., arts. 154, 156 y 283, al Gerente o Administrador principal y, en su caso, al Apoderado por éste, como elementos directivos que son, y sólo se exoneran acreditando que son otros empleados los autores de la infracción.*

APROBACIÓN DE GESTIÓN: ACTOS ILÍCITOS: *La aprobación en conjunto de los actos de una gestión mercantil no incluye los hechos ilícitos de los cuales sólo pueden asumirse sus consecuencias económicas, si claramente se expresa.*

PRESCRIPCIÓN: *A la acción mercantil ejercitada al amparo del artículo 156 Código de comercio, no se le puede aplicar el plazo de prescripción del artículo 1.968 Código civil, sino el del artículo 949 Código de comercio. [Sentencia 30 abril 1954.]*

OBSERVACIONES: Los demandantes adquirieron con fecha 8 de mayo de 1942 la totalidad de las acciones de una sociedad anónima dedicada a la fabricación y venta de hilados y tejidos. En 1943 se impuso a la sociedad en cuestión, entre otras sanciones, una multa de 500.000 pesetas por infracciones de la legislación de tasas, cometidas con anterioridad a la transmisión citada. (El expediente se inició en junio de 1941.) Por todo ello, instan los dos únicos adquirentes se les declare exentos de responsabilidad y se condene a los dos demandados al pago de la multa e indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó el fallo, recurriendo los demandantes en casación por infracción de ley y doctrina legal al amparo de diversos motivos. El Tribunal Supremo declara *haber lugar* al recurso con fundamento en la doctrina que ha quedado extractada.

6. COMPRAVENTA MERCANTIL: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.124 DEL C. C.: *El artículo 1.124 del C. c. es aplicable a las compraventas mercantiles por lo dispuesto en el artículo 50 del C. de c., ya que no están previstas en éste las consecuencias de la resolución de la venta.*

COMPRAVENTA MERCANTIL: INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE APERTURA DE CRÉDITO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.124 DEL C. C.: *El incumplimiento de la condición impuesta en el contrato de compraventa de que el precio se abonaría mediante un crédito irrevocable abierto en un Banco seguidamente de quedar firme el contrato, da derecho al vendedor a resolverlo al amparo del artículo 1.124 del C. c.*

COMPRAVENTA MERCANTIL: TASAS: *El precto del pimiento en salmuera no estaba limitado por las Ordenes de la Presidencia del Gobierno de 9 de octubre de 1943 y 17 de noviembre de 1943, que se referían al pimiento en conserva. [Sentencia 29 octubre 1954.]*

7. COMPRAVENTA MERCANTIL: VICIO DE LA MERCANCÍA: *Los vicios intenos consignados en el artículo 342 del Código de Comercio, consisten en aquellos que son graves, ocultos o no aparentes, y que tienen una existencia anterior o coetánea a la venta de la mercadería, y no son susceptibles de ser precisados a simple vista.*

CADUCIDAD DEL PLAZO PARA INTERPONER LA ACCIÓN: *El artículo 342 del Código de comercio al establecer que el comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida dentro de los*

treinta días siguientes a su entrega perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa, no exige ningún medio especial como acta notarial, conciliación en el Juzgado, para hacer esta previa reclamación, pudiendo, por tanto, realizarla mediante una simple carta, y en consecuencia puede repetir contra el vendedor en el juicio ordinario dentro del plazo que previene el artículo 1.490 del C. c. [Sentencia 2 diciembre 1954.]

8. COMPRAVENTA MERCANTIL: CÓDIGO DE COMERCIO DE LA ZONA DEL PROTECTORADO EN MARRUECOS: ARTÍCULO 211; RECONOCIMIENTO DE LAS MERCADERÍAS POR EL COMPRADOR: GARANTÍAS: ARTÍCULO 1.576 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE LA ZONA DEL PROTECTORADO: *Las normas y garantías que establecen los artículos citados (que corresponden, respectivamente, a los artículos 336 del C. de c. y 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento civil), carecen de aplicación y quedan sustituidas convencionalmente por la presencia simultánea de vendedor y comprador, según pacto especial del contrato otorgado por ellos, que se comprometieron a pasar por el resultado del reconocimiento practicado conjuntamente. [Sentencia 9 noviembre 1954.]*

9. LETRA DE CAMBIO: RELACIONES ENTRE LIBRADOR Y LIBRADO: *El artículo 480 del C. de c. tiene sólo aplicación cuando el importe de la letra de cambio se reclama por tercer persona distinta del librador. [Sentencia 18 noviembre 1954.]*

OBSERVACIONES: El artículo 480 impone al aceptante el deber de pagar la letra el día de su vencimiento, y no admite más excepción que la de falsedad de la aceptación. Pero esta norma sólo es tenida en cuenta cuando interviene en la letra una tercera persona, distinta del librador, ya que las relaciones de éste con el librado se regulan por otros preceptos del Código de comercio (artículos 456 a 458), y no obligan a pagar la letra cuando el librador reclama su importe sin haber hecho provisión de fondos. Hay que tener en cuenta, como apunta con acierto el Tribunal Supremo, que dado el doble carácter de las letras de cambio, que igual pueden servir de instrumento de cambio que de crédito, se libran muchas veces con la finalidad de que, al negociárlas, adquiera determinada cantidad de dinero el librador, en cuyo caso nunca es deudor suyo el librado que, al aceptar la letra, le facilitó el dinero.

Concordancias.—Sentencias de 12 de julio de 1899; 31 de octubre de 1912; 13 de noviembre de 1926, y 12 de diciembre de 1928.

10. COMISIÓN MERCANTIL: PROHIBICIÓN DE ASEGURAR: *No puede exigirse responsabilidad por pérdida de la mercancía al comisionista que, cumpliendo la reiterada prohibición del comitente, se abstuvo de contratar el seguro. [Sentencia 30 junio 1954.]*

11. PRÉSTAMO MERCANTIL: NATURALEZA: *El estar contabilizado en los libros del negocio del demandado el ingreso del capital del préstamo acredita su destino y, con ello, su carácter mercantil, según el artículo 311 del Código de comercio.*

COMPETENCIA ILÍCITA: *Nada atañe a la competencia ilícita mercantil el desempeño de un cargo administrativo en materia relacionada con la que*

constituye el objeto de la industria del demandante, ni por sí sólo el dedicarse al mismo negocio, si no se utilizan procedimientos desleales.

COMPENSACIÓN: La teoría de la compensación no se refiere a la situación de las partes en el momento de nacer las obligaciones sino en el del liquidarse éstas. [Sentencia 7 diciembre 1954.]

12. TRANSPORTE MERCANTIL: *Habiéndose confiado las expediciones en vagón competo y llegado a las estaciones de destino con los precintos intactos, que en las de origen colocó la entidad cargadora, son de aplicar los artículos 361 del C. de c. y 146 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles, y en consecuencia declarar a la Empresa porteadora exenta de responsabilidad en las pérdidas sufridas.* [Sentencia 18 enero 1955.]

13. QUIEBRA EN LA ZONA DEL PROTECTORADO MARROQUÍ: ACREEDOR ESCRITURARIO: *Las certificaciones de sentencias no pueden tener la estimación de documento escriturario, ya que éste requiere en el momento que se crea, la obligación de pagar con la intervención del Notario en función de tal, es decir, que se una escritura pública.*

NOVACIÓN: *La letra de cambio y sentencia de remate recaída para exigir el pago del crédito, que primitivamente constaba en escritura pública, no supone más que un medio de ejecutar ese crédito sin que implique novación de ninguna clase.*

INCONGRUENCIA: *Al pedir la sindicatura de la quiebra la confirmación del acuerdo, somete plenamente a la decisión del juzgador el examen del mismo en su totalidad, aparte de que la graduación de créditos no puede resolverse aisladamente, pues requiere un examen comparativo de unos créditos con otros, por lo que no otorga más de lo pedido la sentencia que modifica dicho acuerdo.* [Sentencia 9 diciembre 1954.]

OBSERVACIONES: Aunque referida la Sentencia a un caso de quiebra ocurrido en la Zona del Protectorado de Marruecos, la doctrina que en ella se contiene tiene validez en la Península. En primer lugar establece el Tribunal Supremo, que no autoriza a admitir que tengan el carácter de acreedores escriturarios, acreedores distintos de aquellos que sus créditos se han hecho constar en escritura pública en el momento de su constitución, aunque posteriormente hayan adquirido el carácter de fehacientes en virtud de actuaciones judiciales. Y es que en efecto, si bien la escritura pública es una clase de documento, no todo documento público se puede calificar de escritura pública, y por eso los acreedores cuyos créditos constan en certificaciones o testimonios de fedatarios judiciales, no pueden comprenderse dentro de los créditos escriturarios a que se refiere el número 4.º del artículo 549 del Código de comercio de la Zona.

En segundo lugar, reitera una vez más nuestro más alto Tribunal la doctrina de que girada una letra de cambio para hacer efectivo el crédito que constaba ya en escritura pública no hay novación de contrato, y por tanto extinción del primitivo y sustitución por dicha letra y sentencia de remate pronunciado en el ejecutivo por ella instado.

DERECHO PROCESAL

I. Parte general.

1. **COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: MATERIA ADMINISTRATIVA:** *No existiendo en la Zona del Protectorado ningún órgano jurisdiccional especialmente llamado a conocer y resolver cuestiones contencioso administrativas, tal vacío debe llenarlo la jurisdicción ordinaria, como atrayente y supletoria.*

El ejercicio de funciones judiciales en materia administrativa por órganos de la jurisdicción ordinaria es una excepción anómala que las circunstancias locales imponen, pero que no se debe extender a Tribunales y territorios donde tales circunstancias no se dan y donde no hay razón que excuse el mantenimiento de la normalidad jurídica. [Sentencia 26 octubre 1954.]

A. Del presente litigio, referente a una materia eminentemente administrativa, cual es la concesión de una pesquería de almadraba en la Zona del Protectorado, conocieron en primera instancia y apelación, respectivamente el Juzgado y la Sala de lo civil de la A. T. de Tetuán. Interpuesto recurso de casación, la Sala primera del Tribunal Supremo se declara *incompetente* por razón de la materia con fundamento en la doctrina que ha quedado extractada.

B. La sentencia anotada plantea un problema interesante. Aunque la doctrina mantenida en ella sobre el carácter supletorio y atrayente de la jurisdicción ordinaria sea irreprochable, choca cuando se afirma su excepcionalidad para conocer materias administrativas en la zona derivativa que tiene la competencia funcional, frente a las territorial y objetiva, que son originarias. El fallo de la Sala primera declarándose incompetente parece que lleva forzosamente a que el recurrente reproduzca su recurso contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la A. A. ante las Salas 3.ª y 4.ª del Tribunal Supremo. Puestos en el terreno de lo anómalo es posible que aquí se insista en él excesivamente. Esta sentencia es una llamada al legislador para que llene el vacío que representa la inexistencia de una jurisdicción contencioso administrativa en la Zona del Protectorado.

2. **COMPETENCIA: PROCESO EN QUE TENGA INTERÉS EL ESTADO.** (Véase Sentencia 30 de diciembre de 1954 (D. C., III. 54.)

3. **COMPETENCIA: ACCIÓN CAMBIARIA:** *Lo que determina la competencia del Tribunal que ha de conocer en un pleito es la acción que en el mismo se ejercita y no los negocios jurídicos que hayan podido ser su origen remoto, si no es la acción propia de uno de esos negocios la que se esgrime y, por tanto, en un procedimiento ejecutivo por cobro de letras de cambio, debe atenderse a la acción cambiaria y no a la derivada del contrato causal o subyacente. [Sentencia 17 febrero 1955.]*

4. **LEGITIMACIÓN PASIVA: PRINCIPIO «NEMO CONDENATUS NISI AUDITUS VEL VOCATUS»:** **ABSTENCIÓN EN CUANTO A LA CUESTIÓN DE FONDO:** *Aceptado por la Sala que por el discutido contrato de compraventa adquirieron derechos como*

compradores el demandado y otros hermanos suyos, no ha quedado válidamente constituida la relación procesal llamando al pleito a uno de los adquirentes tan solo, aunque éste fuera el único que concurrió personalmente al otorgamiento manifestando que compraba para sí y sus hermanos, que habían contribuido al pago del precio, pues no alegado ni probado que careciese el compareciente de autorización para representarles, es indudable que todos los hermanos son parte interesada en el contrato, y no puede decretarse la nulidad de éste si la acción no se dirige contra todos ellos, ofreciéndoles oportunidad de defender el derecho que les asiste, ya que de otra manera podrían resultar afectados por la declaración de nulidad decretada en la instancia sin haber sido oídos y vencidos en el pleito. Ello conduce a la abstención del juzgador respecto a la cuestión de fondo planteada, y al pronunciamiento absolutorio del único demandado. [Sentencia 30 noviembre 1954.]

5. REPRESENTACIÓN: PODER DEL PROCURADOR: *La insuficiencia de poder del procurador es causa de inadmisión que, al ser apreciada en el acto de la vista, se convierte en causa de desestimación. [Sentencia 23 junio 1954.]*

6. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *Las leyes rectoras de arrendamientos rústicos no contienen disposición especial que por razón de cuantía prohíban la acumulación de acciones de la misma naturaleza y condición, sino que, al contrario, dispone que rija la L. E. C. [Sentencia 12 diciembre 1952, Sala 5.ª]*

7. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: SIMULACIÓN: ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *La acción de retracto arrendaticio y de simulación de contrato son acumulables. [Sentencia 26 enero 1953, Sala 5.ª]*

8. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: FALTA DE REINTEGRO EN LA PRUEBA DOCUMENTAL: *La falta de liquidación de los impuestos de Derechos reales y Timbre no puede ser en ningún caso motivo que sirva de base para revisar sentencias recurridas. [Sentencia 16 noviembre 1953, Sala 5.ª]*

9. PRUEBA: SU OBJETO: PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: *Sólo pueden ser objeto de prueba los hechos alegados por los litigantes, no reconocidos por las partes contrarias y que sean apoyo «de facto» de sus pretensiones y, por consiguiente, del fallo. Careciendo de estos requisitos los documentos rechazados por el Juzgado no es procedente el recibimiento a prueba en segunda instancia, y no existe, por tanto, infracción del párrafo segundo del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento civil. [Sentencia 6 octubre 1954.]*

10. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: CUESTIONES PREJUDICIALES: *Los artículos 514 y 362 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, son inoperantes cuando hay una sentencia firme y ejecutoria. [Sentencia 27 febrero 1953, Sala 5.ª]*

11. PRUEBA: (Véase Sentencia 8 febrero 1955 (D. c., I, 10.)

12. INCONGRUENCIA: PRINCIPIO DISPOSITIVO. (Véase Sentencia de 10 de junio de 1954 (D. c., III, 25.)

13. SENTENCIA: REQUISITOS INTERNOS: CONGRUENCIA. (Véase Sentencia 27 noviembre 1954 (D. c., III, 29.)

14. CARÁCTER DEL DESISTIMIENTO: *No pueda dársele carácter de desistimiento de la acción con imposibilidad de ejercitarla en otro juicio, pues no hay apoyo legal ni jurisprudencial para sostener tal doctrina.* [Sentencia 19 octubre 1954.]

15. IMPUGNACIÓN DE COSTAS: *La impugnación de partidas de honorarios o derechos incluidos en la tasación de costas, está sometida al régimen procesal de los incidentes, y contra las sentencias de segunda instancia que en ellos recaigan, sólo se da el recurso de casación en los casos que expresamente determina la ley.* [Sentencia 18 enero 1955.]

OBSERVACIONES: Lo resuelto en procedimiento incidental sólo es susceptible de casación si pone término al pleito haciendo imposible su continuación (art. 1.690. 1.º). Supuesto éste que no tiene lugar tratándose de costas.

II. Procesos en especial.

1. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: JURISDICCIÓN: *Según los artículos 267 y 268 del Estatuto, y el Decreto de 26 de diciembre de 1947, la jurisdicción competente es la ordinaria.* [Sentencia 18 octubre 1954.]

2. JUICIO DE RETRACTO: *El procedimiento del título 12, libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, sólo se da para el juicio de retracto y no para las demandas sobre ejercicio del derecho de tanteo.* [Sentencia 12 noviembre 1954.]

3. ARRENDAMIENTO URBANO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *Son aplicables dentro del ámbito de la LAU, en todos los supuestos de resolución del contrato de arrendamiento, que impliquen lanzamiento, los artículos 1.566 y 1.567 LEC., siendo el último una disposición de orden público a la que deben atenerse jueces y litigantes necesariamente bajo pena de nulidad de lo actuado en contra de ella.* [Sentencia 14 enero 1955.]

4. JUICIO DE DESAHUCIO: RECLAMACIÓN DE LABORES Y PLANTÍOS. (Véase Sentencia 8 noviembre 1954 (D. c., III, 86.)

5. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DESAHUCIO: *El procedimiento especial de desahucio no permite que se ventilen en él otras materias que las que especialmente le están atribuidas.* [Sentencia 2 julio 1952, Sala 5.ª]

6. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS; EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *Las resoluciones que se dictan en los juicios de desahucio no producen excepción de cosa juzgada.* [Sentencia 17 diciembre 1952, Sala 5.ª]

7. ABINTESTATO; ARRENDAMIENTOS PROPUESTOS POR EL ADMINISTRADOR; SUBASTA JUDICIAL; ARTÍCULO 1.022 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *Este artículo se refiere al arrendamiento de bienes propios del causante, comprendidos en el caudal de la herencia administrada, y por ello es inaplicable a un subarriendo, cuyo objeto era cosa propia del arrendador, llevada sólo en arriendo por el intestado.* [Sentencia 7 junio 1954.]

8. SUBARRIENDO; SUBASTA PÚBLICA JUDICIAL; ARTÍCULO 1.022 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *Es evidente que si una errónea interpretación del artículo 1.022 LEC., lo hubiera entendido aplicable a un subarriendo, el hacerlo en pública subasta no podía haber dotado al subarriendo no autorizado de una validez de la que jurídicamente carecía.* [Sentencia 7 junio 1954.]

III. Recursos.

1. APELACIÓN; ELEMENTO INTENCIONAL EN LA POSICIÓN DE LAS PARTES: *Ha de ser considerada como apelante la parte que, aunque comparece como apelada, no está conforme con la sentencia de primera instancia, porque en materia de procedimiento la intención produce efectos jurídicos.* [Sentencia 26 junio 1954.]

HECHOS: A presenta escrito ante la Audiencia apelando de sentencia de primera instancia, y luego comparece como apelado. La Audiencia, examinando sus intenciones, le considera como apelante y le otorga más de lo que logró en primera instancia. B recurre aduciendo que la Audiencia no debió considerar a A como apelante, porque la intención no produce efectos jurídicos en materia de procedimiento. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso porque:

«Contra lo que el recurrente aprecia, es la intención lo que da valor y sentido moral y jurídico a los actos humanos, y las palabras desprovistas de ella por equivocación material son un sonido físico o unos trazos en el papel, pero no un acto humano, sin que haya razón para presumir en este caso que la intención de actuar como apelante, revelada de manera indudable en el hecho mismo de interponer apelación, cambiaría en la comparecencia, ya que la conducta procesal posterior del litigante y el curso del proceso revelan, a juicio del Tribunal «a quo», la persistencia en la misma intención que al principio tuvo.» (Considerando número 2.)

2. APELACIÓN; FACULTADES DE LOS TRIBUNALES: *Los tribunales de apelación no pueden agravar con sus sentencias la situación del recurrente creada por el fallo que se recurre, a menos que la parte contraria apela también de la sentencia o se adhiera a la apelación en el momento procesal oportuno*

que establece el artículo 858 de la Ley de Enjuiciamiento civil. [Sentencia 9 diciembre 1954.]

3. CASACION: CUESTIÓN DE DERECHO: VALOR DE LA CERTIFICACIÓN CATASTRAL: NÚMERO 1.º DEL ARTÍCULO 1.692 DE LA L. E. C.: *Para acasar la improcedencia de la tesis mantenida por la sentencia recurrida de que el Catastro y sus certificaciones no pueden producir otros efectos que los de carácter fiscal, procede la vía única del número 1.º del artículo 1.692, y no la del número 7.º, pues la valoración jurídica que debe asignarse a las inscripciones catastrales no constituye quaestio facti, sino quaestio juris.* [Sentencia 19 octubre 1954.]

4. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO. (Véase Sentencia 8 febrero 1955 (D. c., I, 10.)

5. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO. (Véase Sentencia 20 octubre 1954 (D. c., III, 136.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Apuntes de Derecho Sucesorio. Atribución de la legítima por actos intervivos. Parte III.*

CABREROS DE ANTA, Marcelino: *Sujeto de la acción judicial en las causas matrimoniales.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

SERRANO SERRANO, Ignacio: *Disposiciones complementarias de la Ley de 15 de julio de 1954, sobre acceso a la propiedad.*

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Decreto-ley de 23 de diciembre de 1954, sobre declaración de rentas urbanas a la Hacienda pública.*

3. VIDA JURÍDICA

DESANTES GUANTER, José María: *Una reelección sobre la causa.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Un giro en la doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo. Sentencia sobre bigamia.*